

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO

**LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA
INFANTIL**

Tesis para la obtención del grado de Doctor

ROSARIO MORENO ACEVEDO

Directora: Juana del-Carpio-Delgado

Sevilla, 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO PRIMERO. <i>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</i>	25
I. Introducción.	27
II. Libertad sexual.	31
III. Indemnidad o intangibilidad sexual.....	41
IV. Derecho a un desarrollo y una formación adecuados.....	52
V. Intimidad.....	53
VI. La dignidad de la persona y los derechos derivados de ella.	59
VII. Moral sexual colectiva.....	69
VIII. Toma de postura.....	73
CAPÍTULO SEGUNDO. <i>CONDUCTAS TÍPICAS</i>	85
I. Introducción.	87
II. Concepto de pornografía infantil.....	89
1. Antecedentes.....	89
2. Concepto de pornografía infantil según la LO 1/2015, de 30 de marzo.	104
III. La conducta típica en la letra a) del art. 189.1.....	158
1. Captación o utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados.	160
2. Captación o utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección para elaborar	

cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte.....	174
3. Financiación de cualquiera de las actividades anteriores.	182
4. Lucrarse con cualquiera de estas actividades	185
IV. Tráfico de pornografía infantil, art. 189.1 b) CP.....	187
1. Producción, venta, distribución o exhibición de material pornográfico.	189
2. Ofrecimiento o facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil	211
3. Posesión de material pornográfico infantil para la producción, venta, distribución, difusión, exhibición.	220
4. Contenido de la cláusula «por cualquier medio».	225
5. El origen del material pornográfico.	226
V. Conclusiones.	227
VI. Tipos cualificados	235
1. Cualificaciones de primer grado: art. 189.2 Cp.	237
2. Cualificaciones de segundo grado: art. 189.3 Cp.	265
3. Conclusiones.	268
CAPÍTULO TERCERO. <i>SUJETOS DEL DELITO</i>	275
I. Introducción.	277
II. Sujeto activo de los delitos de pornografía infantil-	278
III. Sujetos pasivos.	284
1. Consideraciones previas.....	284
2. Normativa internacional y europea.....	290
3. Los menores de edad como sujetos pasivos.	292

4. Las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como sujetos pasivos	297
IV. Conclusiones.	304
CAPÍTULO CUARTO. <i>TIPO SUBJETIVO</i>	307
I. Introducción.	309
II. El dolo.	311
III. Conclusioes.	324
CAPÍTULO V. <i>CONCLUSIONES</i>	327
MATERIALES UTILIZADOS.....	343

“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata...”.
(Principio IX, Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo doctoral es la culminación de varios años de esfuerzo. La voluntad de conseguir llegar a ser Doctora en esta materia ha supuesto el sacrificio, como todos los doctorandos que se embarcan en la realización de esta tarea, de no poder compartir mi tiempo con las personas más importantes de mi vida.

Infelizmente, con los años una aprende y en cierta medida también ayudan las desventuras, adversidades y anhelos que ofrece la vida que, es justamente, el tiempo, el valor máspreciado que una puede poseer y el mejor regalo con el que puedes obsequiar a tus seres amados. Por esta razón, quiero dedicar este resultado y el tiempo no compartido a mi familia.

A mi padre, Paco (q.e.p.d.) al que hecho tanto de menos. Al que considero un ejemplo de la figura paterna, al que siempre dedicó su tiempo a sus hijas, nietos y esposa. El que siempre está en mi mente y del que estoy segura es mi ángel custodio.

A mi madre, Ángeles, mi luz en la oscuridad, mi devoción.

A mis hermanas, Yeni y Sofía a las que adoro; y a mis sobrinos Jesús y Antonio, mis debilidades y mis tesoros máspreciados.

A ti Dani, sufridor directo de esta causa al tener que soportar mis nervios, malhumor, etc., y mi ausencia. No sé cómo agradecerte tu generosidad, tus palabras de aliento cuando los obstáculos me parecían insalvables. Siempre has estado ahí en los peores momentos de mi vida y siempre has velado por mi bienestar, demostrando de esta forma el amor que me profesas. Y por todo ello, te doy las gracias, amor.

Pero no quisiera acabar este capítulo de agradecimientos y dedicatorias sin expresar mi agradecimiento al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde, por descubrirme el Derecho Penal y por sus palabras de ánimo, cuando me dijo que perseverara si quería llegar a

ser una excelente penalista. Profesor, éste es el primer paso de un largo recorrido que me queda por delante.

Y, por último y no menos importante, a mi maestra y mentora la Prof. Dr. Juana del Carpio Delgado. Gracias y mil veces gracias por tu ayuda, por tus consideraciones para llevar a buen puerto este trabajo doctoral y, sobre todo, por tu sabiduría. Sin ti no hubiera sido capaz de llegar a la meta.

ABREVIATURAS

ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales.
AP: Actualidad Penal.
BFDUNED: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED.
BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
CC: Código Civil.
CE: Constitución Española.
CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial.
CP: Código Penal.
CPC: Cuadernos de Política Criminal.
DM: Decisión Marco.
Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
EDJ: Revista electrónica de Estudios de Derecho Judicial.
EPC: Estudios Penales y Criminológicos.
FGE: Fiscalía General del Estado.
JPD: Juezas y Jueces para la Democracia.
LCRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO: Ley Orgánica.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
RDMF: Revista del Ministerio Fiscal.
RDP: Revista de Derecho Penal.
RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología.
RDPP: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.
RECEJ: Revista Electrónica Centro de Estudios Jurídicos.
RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
REP: Revista de Estudios Políticos.
RF: Revista Foro, Nueva época.
RGDP: Revista General de Derecho Penal.
RIDP: Revista de Internet, Derecho y Política.
RP: Revista Penal.

RPM: Revista Penal de México.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

PJ: Poder Judicial.

UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La cosificación de los niños como objetos sexuales ha existido desde tiempos inmemorables, de hecho, hay constancia de la práctica de actos sexuales con menores desde la Antigüedad. Y ello es así, si se atiende como concepto de pornográfico las representaciones de zonas erógenas del cuerpo humano y escenas explícitas de contenido sexual. En efecto, estas representaciones ya aparecían en la Antigua Grecia y el Imperio Romano. Asimismo, la carnalidad de los menores son representados en obras pictóricas, pues de este modo, piénsese, en una pintura renacentista del s. XVI en donde el dios del amor, Cupido, siempre viene representado por un niño desnudo en posesión de un arco y flecha; o las imágenes de mujeres aniñadas como la representadas por Botticelli en “El nacimiento de Venus”¹. Es más, la historia demuestra que tales obras no han sido las únicas escenografías que trataban este tema², así resulta que en el s. XIX abundaron relatos sobre sexo con menores e ilustraciones y grabados de adolescentes o pre-púberes desnudos que con la aparición de las cámaras fotográficas en ese siglo condujeron al inicio de la producción, el comercio y el coleccionismo de imágenes sexuales de niños³.

Abundando en ello, contemporáneamente, las actividades relacionadas con la pornografía infantil podrían situarse en los años 60

¹ También en el Barroco del s. XVII aparecen representaciones pictóricas protagonizadas por niños desnudos como en la serie de “La Torre de la Parada” de Rubens.

² Los primeros intentos de imprimir literatura erótico-pornográfica tienen lugar en Europa ya en el s. XVI durante el Renacimiento y su difusión comienza a generalizarse en el s. XVII.

³ Pocos años después de que Daguerre, con las aportaciones de Niépce, presentara en 1839 ante la Academia de Ciencias francesa *el daguerrotipo*, ya se hacían las primeras fotografías de desnudos y las primeras fotografías de las parejas manteniendo relaciones sexuales.

del s. XX, periodo llamado por algunos autores como «revolución sexual» en el que se produjo una relajación de la censura, la cual imperó durante la primera mitad del s. XX. Tal circunstancia permitió que terceros dispusieran de más material pedófilo -imágenes, videos, revistas, etc.- Los primeros años de la década de los 70 de ese mismo siglo, a la que se denominó «los 10 años de locura» supuso el momento de mayor éxito de la producción comercial de pornografía infantil favorecida por legislaciones penales permisivas con tales conductas⁴. De hecho el origen de la pornografía infantil, tal y como la conocemos actualmente, se sitúa en los Países Bajos (Holanda, Bélgica), pues como señala De la Cortina la accesibilidad a la pornografía dura proporcionaba una evasión para controlar los instintos violentos, e incluso produjo una reducción de los delitos sexuales, lo que conllevó asumir como bueno este modelo y no poner obstáculos a la distribución de este tipo de material sexual⁵.

La producción de pornografía infantil no sólo se ha centralizado en nuestro continente, EE.UU. ha sido y es, el mayor productor y consumidor de material pedófilo, aunque bien es cierto, que su legislación ha padecido varios cambios normativos hasta llegar a su regulación actual, la cual prohíbe tales prácticas⁶.

⁴ MORALES PRATS, F., en MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O. (coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad*, 2002, p. 98.

⁵ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía*, 2011, p. 8.

⁶ El cambio de paradigma en la Corte Suprema estadounidense se origina a raíz del caso *Osborne vs. Ohio* de 18 de abril de 1990, en la que se afirma la imposibilidad de tutelar la libertad de expresión individual en referencia a la posesión de pornografía infantil, derogando de esta forma la tesis que se había defendido en el caso *Stanley*. El principal argumento esgrimido es la protección de la infancia frente a la explotación sexual, como un delito de peligro, para impedir la reproducción de las imágenes de forma indefinida de abusos sexuales; además, señala la imposibilidad de hacer frente a la pornografía infantil persiguiendo sólo la producción y distribución del material pedófilo, que puede ser utilizado en el proceso de *grooming* y abusos sexuales a menores. Con ello, la Corte Suprema termina por legitimar aquellas leyes que castigan la mera posesión del aludido material. Situación que será aprovechada posteriormente por el Congreso de EE.UU.

A partir de los años 90 del pasado siglo se origina la eclosión de los nuevos medios tecnológicos (TICs), especialmente significativa fue la aparición de Internet y que si bien son innegables los beneficios a nivel global que de él se extraen, no es menos cierto que las conductas delictivas realizadas a través de este medio se han expandido debido a la absoluta digitalización de nuestra vida diaria, ya sea desde una perspectiva local como personal⁷. En efecto, el anonimato que otorga la Red, la facilidad con la que pueden cometerse los ilícitos, las dificultades de su persecución y su prueba han hecho que la pornografía infantil, como una forma más de explotación sexual, constituya uno de los fenómenos criminales de mayor repercusión del s. XXI. De suerte que estas conductas delictivas, que suelen ir acompañadas en la mayoría de las ocasiones por otras prácticas sexuales como abusos y agresiones sexuales, no le han sido ajenas a la Comunidad internacional, por cuanto que tales actividades delictivas conllevan un desafío para la política criminal de los Estados, habida cuenta que sus legislaciones penales de enfoque tradicional, pasaron a ser ineficaces para responder de forma satisfactoria a las actividades criminales derivadas de las nuevas tecnologías en tanto que no se encontraban reguladas⁸. De este modo, el panorama descrito se ha convertido en un problema global y descentralizado en el que los

para aprobar la ley específica sobre este tema «The Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990», siendo completada años más tarde por la Ley de Prevención de Pornografía Infantil «Child Pornography Prevention Act», que buscaba abordar los casos de producción, transmisión y posesión de pornografía, principalmente aquellas realizadas a través de programas informáticos.

⁷ DE LA MATA BARRANCO, N., en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., (dir.), *Derecho penal informático*, Aranzadi, 2010, p. 17.

⁸ La pornografía infantil como fenómeno delictivo se ha expandido gracias a los avances de las nuevas tecnologías, no sólo para la captación de víctimas y producción de material pedófilo –aunque actualmente, el predominio de la fabricación sea amateur y casera– y ello gracias al anonimato que proporciona la Red.

propios Estados han abogado por la coordinación internacional entre ellos.

A este respecto, son numerosos los instrumentos legales elaborados que se dedican a luchar contra esta criminalidad desde ámbitos muy dispares, ya sean las ONGs o Naciones Unidas y la Unión Europea. Precisamente, éstas dos últimas han pretendiendo durante décadas, con más o menos éxito, armonizar las legislaciones nacionales a fin de perseguir penalmente estos delitos. Prueba de esta inquietud internacional son los numerosos instrumentos normativos que se han ido aprobando. Ejemplificando, la Convención de Derechos del Niño en 1989, organizada por la Asamblea General de N.U. centrará su atención entre otras cuestiones, en la explotación sexual de los menores de edad –abusos, agresiones sexuales, prostitución y pornografía infantil- y se plantean como iniciativa colaborar entre ellos, a fin de hacer un frente común en la lucha contra este tipo de conductas execrables a través de un marco legal común, que debía superar la diferenciación de criterios existente entre los Estados, la determinación de los conceptos y delimitación del fenómeno delictivo al que se quisiera hacer referencia⁹.

Con la aparición de Internet y el aumento de las actividades delictivas relacionadas con la explotación sexual a través de él, se organiza por U.N. el primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia realizado en Estocolmo, en el que se aprobaría la Declaración de Estocolmo contra la Explotación sexual infantil con fines sexuales, de 24 de agosto de 1996, cuyo considerando 5º dicta que «...la explotación sexual comercial de los niños es una

⁹ Para tal menester se acota en el art. 34 las actividades delictivas que constituyen el fenómeno de la explotación sexual de menores. En concreto, en lo que a pornografía infantil se refiere, la letra c) del apartado tercero del artículo 34 impone a los Estados Parte la obligación de tomar medidas para proteger a los niños «...frente a todas las formas de explotación sexual...» entre las cuales se incluyó «...la explotación del niño en espectáculos exhibicionistas o pornográficos».

violación fundamental de los derechos del niño. Ésta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una persona o a varias. El niño es tratado como objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños, constituye una forma de coerción y violencia contra los niños, que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud».

Posteriormente, y con el propósito de afianzar las medidas adoptadas, la N.U. elabora el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en conflictos armados y la venta, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000¹⁰.

A nivel europeo, y a modo de esbozo, significativos son por su relevancia, el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, de 21 de noviembre de 2001, celebrado en Budapest¹¹. Y no

¹⁰ Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo, con entrada en vigor el 18 d enero de 2002.

¹¹ En su Preámbulo se enfatiza la necesidad de «...una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, entre otras formas, mediante la adopción de la legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional».

Asimismo, en su art. 9 se insta a los Estados firmantes a adoptar los recurso necesarios, legislativos o no, para incluir como delito en su legislación penal las siguientes conductas: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirlas a través de un sistema informático; b) el ofrecimiento o puesta a disposición de la pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático; d) el hecho de procurarse, o de procurar a otro, pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio que posibilite el almacenamiento de los datos informáticos. Es más, no sólo se limita a señalar las medidas necesarias para hacer frente a esta lacra, sino que se acota la definición de pornografía infantil en el apartado dos del artículo 9.2 a) de manera que, «...se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita». Y los arts. 9.2 b) y c) que hacen referencia, por un lado, a la pornografía

quisiéramos dejar de mencionar por la importancia que le ha otorgado, años más tarde, el propio Parlamento y el Consejo de la Unión Europea¹², al Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual celebrado en Lanzarote en 2007, más conocido como Convenio de Lanzarote¹³. Pues bien, la importancia de tal Convenio radica en la pretensión de crear un marco legal internacional que estuviera centrado en la prevención y en la articulación de una respuesta penal que fuese eficaz, así como en la protección de los derechos de las víctimas.

Por otro lado, el sistema de fuentes que había fijado el Consejo de Europa se modificó a partir del Tratado de Ámsterdam, entre otras razones, para aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros, suprimiendo las JAI e introduciendo para tal tarea las Decisiones Marco, que pasarían a ser obligatorias para los Estados en sus resultados, pero sin efecto directo. De este modo, la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, superará a la meritada Acción Común 97/154/JAI y, creará un marco normativo común para los Estados miembros de la UE. Tal instrumento normativo presentó como objetivos, la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los

técnica o a aquella en la que un adulto aparece en la imagen como si fuese un menor, adoptando comportamientos sexuales de manera explícita; de otro, la pseudopornografía, aludiendo a imágenes realistas que representan a un menor en comportamientos sexuales.

¹² El Parlamento y el Consejo de la Unión Europea han calificado tal Convenio en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva COM (2010) 94 final, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil como «...posiblemente la normativa internacional más exigente hasta la fecha para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales».

¹³ El Convenio se acordaría en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, siendo ratificado por España el 5 de agosto de 2010.

Estados miembros relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal con el fin de luchar contra la explotación sexual de los niños, incluida la pornografía infantil. Asimismo, aborda cuestiones tales, como la tipificación penal, sanciones, circunstancias agravantes, competencia y la extradición.

Con el Tratado de Lisboa y sustituida la Comunidad Europea por la Unión Europea, se modifica la estructura de pilares y se unifica la tipología de actos jurídicos, por lo que la tarea desempeñada hasta la fecha por las Decisiones Marco, en cuanto a la armonización del Derecho en la UE pasan a ser asumidas por las Directivas. Pues bien, dentro de este contexto la Decisión Marco 2004/68/JAI, será sustituida por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI¹⁴.

El espíritu de la Directiva 2011/93/UE fue solventar algunas deficiencias observadas en la Decisión Marco 2004/68/JAI, en concreto, respecto de las tipologías delictivas de explotación y abusos sexuales que utilizan las nuevas tecnologías de la información, y las medidas de prevención¹⁵. De suerte que la Directiva 2011/93/UE en su art. 1 establece un elenco de normas mínimas referentes a la determinación de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales

¹⁴ DOCE de 17 de diciembre de 2011.

¹⁵ Así se desprende de la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva COM (2010) 94 final, de 29 de marzo de 2010, del Parlamento y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

por medios tecnológicos, así como disposiciones de prevención de las conductas delictivas y de protección a la víctima¹⁶.

Como se ha podido observar, consciente de la relevancia y el carácter global de este tipo de criminalidad son numerosos los instrumentos jurídicos que se han creado con la pretensión de dispensar un marco legal común para los Estados miembros en el que se invita a éstos a la creación de legislaciones penales nacionales más armoniosas entre sí para combatir este tipo de conductas delictivas y para proteger a sus víctimas. Tales instrumentos jurídicos presentan como característica en general, previsiones fuertemente restrictivas y punitivas, que recomiendan castigar la casi totalidad de las conductas relacionadas con la pornográfica infantil, lo que ha merecido en ocasiones, objeciones por parte de la doctrina penal que critica dicha técnica por vulnerar los clásicos principios penales derivados del principio de intervención mínima del Derecho penal.

Una vez más y no sólo en este asunto, nuestro legislador ha justificado las diversas modificaciones llevadas a cabo en el Código Penal en materia sexual, argumentando la obligatoriedad de transposición de las disposiciones incluidas primero en la Decisión Marco 2004/68/JAI y posteriormente, la Directiva 2011/93/UE que sustituye a aquélla, a fin de armonizar la legislación penal con el resto de países miembros de la UE. Ello ha dado como resultado que el art. 189 Cp sea el precepto que más modificaciones ha sufrido desde su creación por el Código Penal de 1995. En efecto, como se irá observando en el presente trabajo doctoral, el legislador resuelve emprender distintas modificaciones –LO 11/1999, LO 15/2003, LO 5/2010 y la última LO 1/2015- que afectarán al Título VIII, Libro II, especialmente

¹⁶ Concretamente, en cuanto a la pornografía infantil se refiere, hay que significar la Directiva 2000/375/JAI, de 29 de mayo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, siendo anterior a aquélla.

al art. 189. Aunque a este respecto, bien es cierto que ya la doctrina y la jurisprudencia habían alertado sobre las lagunas de punición de las que adolecía el originario art. 189 del Cp de 1995 en relación con ciertas conductas relacionadas con la pornografía infantil, destacándose las cometidas a través de Internet y que habían quedado al margen de su regulación¹⁷.

El fruto obtenido de la distintas reformas operadas en lo que aquí concierne, con la introducción en el texto legal de prácticamente la totalidad de las disposiciones que aparecían tanto en la Decisión Marco 2004/68/JAI como la Directiva europea 2011/93/UE es la creación de una tipología penal más extensiva y represiva y, por tanto, no dejando al margen del reproche penal casi ninguna conducta relacionada con las actividades de pornografía infantil, pues como se observará, la última reforma de 2015 del Código Penal trajo consigo la incorporación de nuevos tipos penales al ya variado elenco de conductas que se regulaban. Abundando, lo significativo de tal reforma no es sólo la ampliación de la incriminación, sino que lo más destacado en ella, desde nuestro punto de vista, es la inclusión definitiva del concepto de material pornográfico como objeto material del delito y que tanto habían demandado la doctrina y jurisprudencia abogando por el respeto escrupuloso al principio de seguridad jurídica.

A propósito de la incorporación del concepto aludido, éste ha defraudado las expectativas jurídico-dogmáticas y de él se ha llegado a afirmar que adolece de defectos en su redacción, llegando incluso a denunciar que, tal y como ha quedado redactado éste puede conllevar

¹⁷ Para los autores BOIX REIG, F.J./ORTS BERENGUER, E., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., (dir.), *El Nuevo Derecho Penal*, 2001, p. 1025, la reforma del artículo no fue bienvenida, pues sostienen que lo que se llamó «correcciones» sufridas en el articulado, fueron modificaciones superfluas y presentaban connotaciones bastante moralizantes que no eran necesarias en el precepto.

la vulneración del principio de legalidad. En concreto, establecen objeciones al hecho de atribuir como forma de material pornográfico infantil situaciones en las que no se ven inmersos menores reales, es decir, inexistencia de un verdadero sujeto pasivo. En efecto, el legislador con tal reforma no elimina del precepto la pseudopornografía –la reforma de 2010 la incluyó como conducta típica en el art. 189.7- aunque sí determina excluir de éste «la utilización de la voz», pero sigue considerando como material pornográfico la pornografía virtual y técnica. Tal decisión ha suscitado algunas críticas doctrinales habida cuenta que como postulan, no faltándoles razón en ello, en tales formas de pornografía infantil no concurre ningún sujeto pasivo titular del bien jurídico protegido al que se pueda lesionar o poner en peligro su indemnidad sexual.

Además de las observaciones críticas señaladas se añaden que, tal y como está configurado el art. 189 –delitos de peligro abstracto- la inclusión de determinadas modalidades típicas conlleva, según destacan algunas voces, un intolerable adelantamiento de las barreras de protección, castigando lo que de otro modo comportarían meros actos preparatorios; que los verbos típicos en ocasiones resultan ser redundantes o su interpretación origina confusión; y que a veces los bienes jurídicos protegidos son difusos -aunque respecto de esto último el legislador se haya esforzado por aclarar en su rúbrica que en el Título VIII se protege la libertad e indemnidad sexual de los sujetos pasivos-. Abundando en ello, a tales críticas queremos sumar que con la comisión de algunas de las conductas incriminatorias no se genera la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido indemnidad sexual –o al menos de forma directa-. Especialmente así ocurre en el art. 189.1 b) –tráfico de pornografía infantil- y el art. 189.5 –posesión o adquisición de material pedófilo para uso propio y del que se expondrá un breve análisis debido a que este delito no es el objeto principal de nuestro trabajo doctoral-.

Dicho esto, esta tendencia hacia una exacerbada punición y alcance del Derecho penal que defiende nuestro legislador con la última reforma, según mantiene gran parte de la doctrina, parece ser una tendencia generalizada en la actualidad. De manera que con tales prácticas se ha conformado lo que se ha llegado a denominar «*moderno Derecho penal*». Del aludido moderno Derecho se predica que, además de castigar conductas configuradas como delitos de peligro abstracto se le da más importancia, como señala Muñoz Conde, al desvalor de la acción sin requerir el efectivo daño o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido¹⁸, o sea, de dudosa ofensa al objeto tutelado, y de proteger bienes jurídicos claramente poco definidos o difusos. De ahí que la primera de las características sea la de incriminar actos que deberían ser considerados meramente preparatorios y previos a una lesión o puesta en peligro efectiva del objeto tutelado, lo cual ocasiona la expansión de forma indebida de las fronteras del reproche penal o, en otras palabras, la vulneración del principio de intervención mínima.

Dicho esto, para llegar a la exposición de lo redactado *supra* y de los distintos capítulos que componen esta tesis doctoral nos hemos planteado algunas interrogantes con la humilde pretensión de dar respuesta sobre el fundamento u objetivo que ha llevado a nuestro legislador a tipificar las conductas relacionadas con la pornografía infantil, en concreto, las referenciadas a los arts. 189.1, 2 y 3 Cp, con independencia de la obligación de armonizar el Derecho penal interno conforme a los instrumentos internacionales y de ámbito europeo. En concreto, tales cuestiones sugeridas hacen referencia, entre otras, a ¿cuáles son los bienes jurídicos que se protegen en los ilícitos penales meritados? ¿Justifica el bien jurídico designado por el legislador para desplegar el *ius puniendi* del Estado? o, por el contrario, se vulnera el

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 22ª ed., 2019, p. 290.

principio de intervención mínima o de necesidad del Derecho Penal. De ser acertada esta última hipótesis, habría que asumir que en el moderno Derecho Penal se prescinde de la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, asumiendo como válido desvirtuar los principios de Derecho Penal –entre ellos principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, etc., y en la que se apuesta por parte del legislador con la última reforma del Cp por un enfrentamiento «entre *libertad* frente a *seguridad*; *garantías* frente a *prevención*», como han afirmado algunas voces¹⁹.

En cuanto a la estructura y metodología seguida en esta tesis doctoral, se basa en el estudio de la dogmática y la jurisprudencia que tratan el tema objeto de este trabajo. Y relación a la estructura, ésta se compone de cinco Capítulos. Así, el **Capítulo I** aborda el análisis de distintos bienes jurídicos que según la doctrina aparecen como el objeto tutelable en el art. 189 teniendo presente la ubicación sistemática del artículo, es decir, el Título VIII y que lleva como rúbrica “De los delitos contra la libertad en indemnidad sexuales”, para finalizar el capítulo con una toma de postura al respecto.

El **Capítulo II** se inicia con el estudio del concepto de pornografía infantil introducido por LO 1/2015 en el que se comprobará las deficiencias en su redacción para continuar con el análisis de las distintas modalidades típicas reguladas en el tipo básico, tipos cualificados y el tipo hipercualificado –arts. 189.1, 2 y 3 Cp-.

En cuanto al **Capítulo III** referido a los sujetos activo y pasivos, nos detendremos especialmente en los menores de edad como víctimas de estos delitos junto a los posibles problemas que representa el desconocimiento de la edad de éste.

¹⁹ ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, 8ª ed., 2019, p. 56.

Para finalizar con el estudio de los delitos de pornografía infantil que hemos tratado en esta tesis doctoral, el **Capítulo IV** versará sobre el tipo subjetivo de los delitos, desde la perspectiva de Teoría final de la acción, conforme al principio de culpabilidad.

Por último, un **Capítulo V** que recogerá las conclusiones finales a las que se han llegado a través del estudio detallado de la dogmática y la jurisprudencia que han tratado esta actividad criminal.

CAPÍTULO PRIMERO.
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. INTRODUCCIÓN.

El concepto de bien jurídico aparece en la dogmática penal a comienzos del s. XIX bajo la influencia de la Teoría del contrato social. El Derecho penal de la Ilustración concibió el delito como una lesión de los derechos subjetivos, por lo que Feuerbach se vio obligado a probar en cada precepto la existencia de un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección²⁰. Por su parte, Birnbaum, creador de la nueva Teoría del bien jurídico, no vio en éste un derecho, sino un bien natural garantizado por el poder del Estado, que podía corresponder tanto al individuo como a la comunidad²¹. Así, el concepto fue perfeccionándose a principios del s. XX con Binding, que identificó el bien jurídico como un estado valorado por el legislador como así refiere «...todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma»²².

Por su parte, Von Liszt trasladó el epicentro del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al «interés jurídicamente protegido», pero al contrario que Binding que sólo trató el bien jurídico de forma superficial, aquél lo consideró como un elemento esencial en la estructura del delito²³.

²⁰ FEUERBACH, P., *Revisión*, pp. 65 y 65. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página, núm. 2, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350.

²¹ BIRNBAUM, J.M, *Neues Archiv des Criminalrechts*, 15, 1834, p. 179. Citado por JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página 3, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350.

²² BINDING, K., *Normen*, t. I, pp. 353 y ss. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, en nota a pie de página núm. 4, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350. Por su parte, ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, t. I, 2006, p. 56, conceptualiza los bienes jurídicos como «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema».

²³ VON LISZT, F., *ZStW*, 8, 1888, p. 134 y ss. Citado por JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal*, vol. I, en nota a pie de página, núm. 5, traducción

En la actualidad, el bien jurídico constituye la base de la estructura y de la interpretación de los tipos penales. Es por ello, como afirma Jescheck, que «el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, pudiendo atribuirse como titular al individuo o a la colectividad»²⁴, o en palabras de Hassemer «la conducta humana sólo puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico». De estemodo, el bien jurídico debe cumplir distintas funciones en el Derecho penal, según la doctrina alemana, como concepto central del tipo conforme al cual han de determinarse todos los elementos objetivos y subjetivos, así como un importante instrumento de interpretación y, a su vez, como criterio de clasificación a la hora de agrupar los tipos²⁵. En este contexto, en nuestra doctrina se ha considerado tradicionalmente que el bien jurídico cumple cuatro funciones: función de límite y orientación del *ius puniendi*, función sistemática, función interpretativa (exegética) y, por último, función de mediación y delimitación de la pena. Autores como Cobo del Rosal²⁶ definen el bien jurídico como un valor de la vida protegido por el Derecho, o bien la conceptualización ofrecida por Luzón Peña para

MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., 1981, p. 350. Por su parte, ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, t. I, 2ª ed., alemana, traducción LUZÓN PEÑA, D.L., /2006, p. 56, conceptualiza los bienes jurídicos como «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema».

²⁴ JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal*, vol. I, traducción MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 4ª ed., 1993, p. 232.

²⁵ JESCHECK, H. /WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal*, vol. I, traducción MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 4ª ed., 1993, p. 234.

²⁶ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 318.

quien el bien jurídico consistiría en «las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y la sociedad»²⁷.

Todo ello permite que el concepto de bien jurídico en el ámbito del Derecho penal haya dado lugar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad o lesividad. De esta manera, para que una conducta sea considerada como delito se precisa que ésta lesione o ponga en concreto o abstracto peligro a un bien jurídico protegido.

Atendiendo a lo expuesto, a lo largo del presente Capítulo abordaremos qué bien o bienes jurídicos se pretenden tutelar por el legislador en el art. 189 Cp. No obstante, adelantamos que la rúbrica que da nombre a los delitos del Título VIII del Cp en el que se incluye el delito de pornografía infantil viene referida a la *libertad e indemnidad sexual de las personas*. Tal rúbrica cumple por primera vez, como señalan algunas voces, con la pretensión de identificar en la propia sistemática legal el objeto u objetos de tutela²⁸ en los distintos delitos, fruto de las dos reformas producidas en 1989 que sustituyó la *honestidad* como objeto tutelado por el de *libertad sexual* y la de 1999, que tras la variedad de contenidos que aparecían en los distintos ilícitos reunidos en el mismo Título añadió la *indemnidad sexual*, tal y como encontramos la actual rúbrica del Capítulo V, Título VIII del Cp.

No obstante, conviene reseñar los planteamientos de un sector de la doctrina que opina que con independencia del criterio mantenido por legislador de instaurar en el Título VIII dos bienes jurídicos autónomos, esto es, libertad e indemnidad sexual, realmente se trata de dos conceptos sinónimos. Esta idea es sintetizada por Caruso Fontán, al indicar que «...es necesario rechazar esta diferenciación, ya que al

²⁷ LUZÓN PEÑA, D.L., *Curso de Derecho Penal*, 1996, p. 327.

²⁸ SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español*, ed. 2ª, 2015, p. 230.

interpretar a la libertad sexual como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válido, entendemos que los conceptos de libertad e indemnidad sexual son sinónimos y, por lo tanto, que pueden ser utilizados para definir el valor que debe protegerse tanto en el caso de personas adultas como de menores de edad o, incluso, de personas privadas de sentido»²⁹.

En suma, son dos los objetos tutelados sobre los que recae la intervención punitiva en el vigente Derecho penal sexual: libertad sexual en sentido estricto y la indemnidad sexual. Esta dualidad de bienes jurídicos ha ocasionado que la doctrina se plantee si estamos ante dos bienes jurídicos distintos o si, por el contrario, ante un único bien jurídico en el que se tutelan realidades diferentes. Pues bien, no resulta ser pacífica la doctrina en este asunto, si bien tras la modificación de la materia en virtud de la LO 1/2015 parece reinar la tesis de que nos encontramos ante dos dimensiones distintas, tal y como se deduce del hecho de reconocer a los menores de dieciséis años la capacidad de consentir libremente en el ámbito sexual, aún como señala Sáinz-Cantero Caparrós «...aunque la eficacia eximente de dicho consentimiento se relativice o condicione»³⁰.

Realizada esta especie de introducción al tema del bien jurídico, a continuación, procederemos al análisis pormenorizado desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial sobre la discusión concerniente respecto de la designación del bien jurídico o bienes jurídicos que se tutelan el delito de pornografía infantil.

²⁹ CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos*, 2006, p. 157; *RP*, núm. 28, 2011, p. 32. En idéntico sentido se postulan MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, 2002, p. 309.

³⁰ SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español*, ed. 2ª, 2015, p. 231.

II. LIBERTAD SEXUAL.

Para comenzar a analizar este bien jurídico como posible objeto tutelado en el art. 189 se hace necesario en primer lugar, definir qué entiende la doctrina por *libertad sexual*.

En este sentido un sector doctrinal la ha definido como «...aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo»³¹. Otras voces sostienen que «la libertad sexual es la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y, por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan la de escoger compañero, con su consentimiento y, rechazar las proposiciones no deseadas, así como la de repeler eventuales ataques»³².

Y por último, aquellos autores que esgrimen que la libertad sexual hay que entenderla desde dos vertientes. De una parte como positiva referida a la libre disposición de la persona conforme a sus criterios y apetencias para que tome sus propias decisiones y determine su comportamiento sexual, así como frente a los demás. Este es criterio mantenido en la STS de 8 de octubre de 1969 en la que se asevera que la libertad sexual es la capacidad del sujeto para disponer libremente de su cuerpo a efectos sexuales, bien con otra persona o bien consigo mismo³³. De otra como vertiente negativa, la cual, presentaría un aspecto defensivo, esto es, el derecho de la persona a no verse obligada

³¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2013, p. 209. En el mismo sentido, SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español*, 2ª ed., 2015, p. 231.

³² ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 17; ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J., (dir.), *Derecho Penal Parte Especial*, 2004, p. 230.

³³ Esta distinción es aceptada por la práctica totalidad de la doctrina, por ejemplo: CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Derecho Penal Español*, 2004, p. 224; Díez RIPOLLÉS, J.L., *ADP*, p. 54; GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, pp. 323 y 324; MAQUEDA ABREU, M.L., *El nuevo Código Penal*, 1998, pp. 79-80.

realizar o soportar la realización de comportamientos sexuales no deseados³⁴. Ambas vertientes han tenido calado en nuestra jurisprudencia, recogiendo así la STS 476/2006 de 2 de mayo (RJ 2006/3106) que «...debemos recordar que la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto a la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones a terceros...»³⁵.

Entre los autores que defienden que es la libertad sexual de los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección el objeto de tutela en el art. 189 se encuentran, entre otros, Díez Ripollés. Para este autor, la libertad sexual consistiría en el derecho de toda persona de ejercer la actividad sexual en libertad, de ahí que se exija prohibir todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad, discerniendo que «...lo que se quiere asegurar es que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes, o más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad»³⁶. Así, aboga por

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *ADP*, p. 51; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal*, 1982, p. 240, incluye una tercera modalidad o vertiente denominada mixta, cuyo fundamento descansa en «el aspecto activo de realización efectiva de la disponibilidad sexual como el pasivo de defensa de la propia esfera sexual». En el mismo sentido, SAÍNZ-CANTERO CAPARROS, J.E., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español*, 2ª ed., 2015, p. 231.

³⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 475, esgrime que sólo la segunda de las vertientes tiene protección jurídico penal.

³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal*, 2003, pp. 622-625.

Asimismo, cabe indicar que en los últimos años han sido varios los autores que se han unido al grupo de defensores del postulado ofrecido por Díez Ripollés, entre

comprender que existe un elemento común a todos los delitos sexuales, habla así de un «*continuum valorativo*», es decir, que la implicación de la víctima no es libre en la acción sexual del sujeto activo, ya sea porque el autor contradice la voluntad contraria de la víctima al no habérsele dado a ésta la oportunidad de adoptar una decisión, o porque la víctima aún no es capaz de decidir en el caso de los menores de edad o no lo será nunca, para el supuesto de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En definitiva, lo que se protege no es la facultad subjetiva de la persona de practicar la libertad sexual que ella posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad. Por ende, la libertad sexual de un individuo se protege en primer lugar, prohibiendo todo tipo de conductas sexuales respecto a personas que desde un principio se sabe que van a quedar insertadas en una situación carente de libertad y, en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales en las que se creen situaciones de ejercicio de la libertad sexual imposibles³⁷. En parecidos términos, indica Orts

estos, cabe mencionar a CARUSO FONTÁN, V., *RP*, núm. 28, 2011, p. 28; CABRERA MARTÍN, M., *Victimización sexual del menor*, 2019, p. 74. En concreto esta última autora siguiendo los planteamientos de Díez Ripollés, sostiene que defender la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil conllevaría «...dar una solución integradora a la cuestión del objeto tutelado en el ámbito de los delitos sexuales, que permitiría explicar los delitos referidos a menores sin tener que prestar atención a las dificultades establecidas por el legislador».

³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad*, 1985, pp. 28-29. Igualmente asumen la misma posición, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996, p. 229: con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir con responsabilidad en el ámbito sexual, los tipos penales se orientan a preservar las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en materia sexual, protegiéndolos de posibles traumas que sean creados por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico es la libertad sexual potencial. Pues bien, estos autores mantendrán dicha postura hasta la reforma de 1999 en *Comentarios al nuevo Código*, 1999, p. 239. Asimismo, y en esta misma dirección SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, 1995, pp. 56-58.

En contra de esta posición, CUERDA ARNAU, M.L., *CDJ*, 1997, p. 218, que reconoce estar defendiendo una postura minoritaria, extrae consecuencias de la

Berenguer que la libertad sexual «...es la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontado y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques»³⁸. De igual modo, también cabe reseñar la tesis defendida por Begué Lezaún, para quien el objeto tutelado en todo el Título VIII del Cp sería la libertad sexual, basándose para sostener tal afirmación en el derecho fundamental reconocido en el art. 17.1 CE referido al derecho a la libertad, y dentro de ésta, al derecho de decidir en libertad sobre su propia sexualidad. Abundando en su idea, el autor reconoce que el art. 17.1 CE no es el único soporte que tienen todos los delitos que componen el Título VIII del Cp y en el que se incluyen las conductas típicas de pornografía infantil, sino que, según manifiesta, la libertad además de comportar la libertad para decidir sobre la propia sexualidad también se extiende al desarrollo en libertad de la sexualidad. Y esta última, es la que se integra dentro del derecho fundamental del art. 10.1 CE referente al libre desarrollo de la

diferenciación que existe entre la tutela penal dispensada a los mayores y a los menores de edad en cuanto a la identificación del bien jurídico protegido, llegando a la conclusión de que no puede considerarse unitario. E insiste en que una vez superada la concepción moralista de estos delitos debería atenderse a aquellas tesis que poseyeran una mayor capacidad para acotar teleológicamente los tipos, que serían las que concretan el objeto jurídico de protección en el derecho del menor a no sufrir interferencias en los procesos de formación adecuada a su personalidad. Dicho planteamiento, entiende TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 60 no altera sustancialmente los términos del debate doctrinal entorno al bien jurídico, pues mantiene la misma respuesta dada ya a los partidarios de conceder autonomía a bienes como la indemnidad e intangibilidad. Es decir, según este autor, la necesidad de que un menor no sufra interferencias perjudiciales en su proceso formativo, se acaba traduciendo en la necesidad de instaurar unas garantías que permitan (sin tales interferencias perjudiciales) el pleno ejercicio futuro de la libertad sexual, en la medida que ello contribuye al libre desarrollo de la personalidad.

³⁸ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 1999, p. 212.

personalidad, «...la interpretación conjunta de los arts. 17.1 y 10.1 CE nos permitirá construir de forma adecuada el bien jurídico objeto de protección de las conductas tipificadas en los arts. 178 a 194 del Cp»³⁹. En términos parecidos manifiesta la STS de 10 de julio de 1991 que «...no se trata de defender la honestidad..., sino la libertad sexual que se proyecta en todas las direcciones: en decidir qué actos de sexualidad quiere practicar la persona, cuando, cómo y con quién...».

Expuesto lo anterior, interesante resulta ser la tesis ofrecida por Boldova Pasamar con respecto al art. 189.1 a), cuando asevera la existencia de una presunción *iuris et de iure* en cuanto a la inexistencia de libertad para decidir sobre el ejercicio de la sexualidad, aunque concurra un consentimiento no viciado ni condicionado, pues, según manifiesta este autor, tal consentimiento será irrelevante cuando el sujeto pasivo participe en acciones o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, dado que el autor que actúa dolosamente sabe que la voluntad que ofrece la víctima es inválida a los efectos de ser considerada su conducta como típica y con ello se está perjudicando el ejercicio de la sexualidad del sujeto pasivo al involucrarlo en la práctica del exhibicionismo o la pornografía⁴⁰.

Frente a las cuestiones planteadas, surge en cierto sector la preocupación por dar una posible solución al planteamiento hipotético de una colisión entre la libertad sexual de los sujetos pasivos con otros derechos o intereses constitucionales con los que pudieran entrar en conflicto, esto es, se cuestionan si ¿se anularía o se restringiría aquella? En este sentido, una consolidada doctrina del TC ha venido afirmando

³⁹ BEGUÉ LEZAÚN, J.J., *Delitos contra la libertad*, 1999, pp. 13 y 15.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 524. Asimismo, afirma este autor que cuando la utilización sexual implique el registro del sujeto pasivo en un soporte informático, digital, etc., como es el caso de la pornografía, el atentado contra la libertad sexual va acompañado de un menoscabo del derecho a la propia imagen.

que el ejercicio de los derechos fundamentales no es de carácter absoluto, pudiendo limitarse ante el conflicto con otros derechos o intereses constitucionales.

La colisión del derecho a la libertad sexual de estas personas con otros derechos o intereses constitucionales, puede generar que la misma se restrinja o anule, y en tales supuestos el TC utiliza la *técnica de la ponderación casuística de los derechos fundamentales*⁴¹. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado ante esta posible confrontación de derechos y como límite a los mismos en STC 120/1990, de 27 de junio, que sólo pueden ceder «...ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos»⁴². Para Sánchez Tomás la respuesta al posible conflicto entre la libertad sexual de estas personas con otros derechos o interés constitucionales se resolvería teniendo presente el art. 10.1 CE, al esgrimir que «...si las relaciones sexuales llevadas a cabo por estos sujetos inciden de forma negativa en su dignidad o desarrollo personal, sí cabría la restricción o anulación de sus derechos»⁴³.

⁴¹ La mencionada técnica consiste en tres etapas: por un lado, identificar los intereses en concurso describiendo los derechos que entran en conflicto; por otro, es preciso que el intérprete valore el interés perseguido por la norma, estableciendo los criterios que le sirven para ponderar y dar prioridad a un derecho sobre otro. Y por último el tercero, en donde el operador jurídico estable la regla concreta que resuelve el caso conflictivo. Como ejemplos de SSTC se pueden mencionar entre otras: FJ 5º de la STC 104/1986, de 17 de julio; FJ 6º de la STC 159/1986 de, de 12 de diciembre; FJ 3º de la STC 27/1997, de 11 de diciembre. Pero ojo, esta técnica sólo es válida para el caso concreto, en tal sentido se posiciona RODRÍGUEZ CALERO, J.M., *AFD*, 2001, pp. 254-255.

⁴² STC 1990/27, de 27 de junio, en su Fundamento Jurídico Cuarto.

⁴³ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *CPC*, 1997, p.112.

En consecuencia, de los anteriores postulados se infiere que para este sector doctrinal la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Lo que implica que se está negando la posibilidad de incluir como objetos tutelados a la indemnidad o intangibilidad sexual⁴⁴. Así, el hecho de que la prohibición de los contactos sexuales de adultos con menores sea absoluta en caso de tener éstos menos de una determinada edad - dieciséis años en la actualidad- ya excluye de antemano que pueda plantearse en los referidos términos el bien jurídico protegido, libertad sexual, pues en los otros casos debe darse alguna circunstancia que limite su libertad o como se exige de modo expreso en el art. 181.3 Cp, la coarte.

En cualquier caso, dentro de las tesis que objetan que sea la libertad sexual el objeto tutelado en materia sexual de menores se encuentra González Rus, quien señala que la voluntad del sujeto pasivo en la esfera sexual es irrelevante y si la idea en la que se fundamenta el concepto de libertad sexual es la autodeterminación en este ámbito, no se les puede estar negando ésta, y, a la vez, considerarla como objeto tutelado cuando hablamos de delitos sexuales cuyas víctimas sean los menores de edad y las personas discapacitadas necesitadas de especial protección «...en definitiva, la autodeterminación sexual, no puede ser algo que se niega a estos sujetos y al mismo tiempo lo que se está protegiendo»⁴⁵. Es más, si se tienen presentes los planteamientos defendidos por la doctrina tradicional defensora de la libertad sexual como bien jurídico protegido en materia sexual de menores, cabría

⁴⁴ Se acercan a este postulado, aunque no lo reconocen expresamente, otras posiciones doctrinales que relativizan la discusión en torno a la indemnidad o intangibilidad por una parte y la libertad sexual por otra, formuladas como ideas integradoras, en tal sentido SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *CPC*, 1997, p. 111.

⁴⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, p. 324.

deducir que se ocasiona una lesión al bien jurídico cuando se desarrollan actos de naturaleza sexual sin la voluntad de algunas de las partes. De este modo, el principal inconveniente que vierte sobre el planteamiento de considerar la libertad sexual como valor protegido hace referencia al problema ya mencionado de los sujetos pasivos, dado que es difícil proteger su libertad sexual si no la pueden ejercer efectivamente⁴⁶.

Asimismo, distinta las tesis planteadas y desde una perspectiva más o menos integradora en la libertad sexual, Morales Prats y García Alberó indican que la significación que el legislador ha dado a los delitos sexuales cuyos sujetos pasivos sean menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección es la de sancionar aquellas conductas que menoscaban el libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, para así protegerlos de posibles traumas que puedan ser ocasionados por terceros⁴⁷.

Frente a la opinión mayoritaria defensora de que la libertad sexual no es el bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil, Tamarit Sumalla asevera que no se puede utilizar el Derecho penal sexual en concreto para aquellos delitos cuyos sujetos pasivos sean los menores de edad y personas con discapacidad, o sea como instrumento o «el caballo de Troya» para establecer coactivamente las convicciones morales dominantes de la sociedad, «...confirmación de determinados

⁴⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *CPC*, 1997, pp. 111 y ss. Considera en relación a los menores de edad que el consentimiento no sólo es posible sino también válido, por lo que el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando dicho consentimiento esté viciado porque un tercero ha abusado de esa capacidad cognoscitiva y volitiva disminuida. Tratando de fundamentar constitucionalmente el bien jurídico protegido en los que denomina «delitos de abuso sexual in consentido ficticio». Según este autor, los art. 9.2 y 14 CE impiden que pueda ser negada a ciertas personas la protección de la libertad sexual por el hecho de que tengan determinadas características cognitivas y volitivas.

⁴⁷ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código*, 1996, p. 926.

prejuicios, como el de la negación de la sexualidad infantil, sino como una prohibición de la intromisión de los adultos en el mundo de los menores en condiciones que quepa reputar lesivas para el desarrollo de la personalidad del menor»⁴⁸.

Dentro de este conjunto de planteamientos, surge una postura ecléctica cuyo mayor valedor es Sánchez Tomás. Así, lo significativo de su postulado radica en estudiar la problemática dogmática en torno a la libertad sexual de los sujetos pasivos y para ello asume como fundamento de base las ideas aportadas inicialmente por González Rus, en el sentido de que estos sujetos pasivos «...poseen de inicio o por propia naturaleza, capacidad para decidir si mantienen una relación sexual o consienten que un adulto les filme desarrollando comportamientos sexuales o pornográficos»⁴⁹.

Como puede observarse, la posición que ofrece Sánchez Tomás es acertada si se tiene presente que se basa en la génesis del concepto de libertad del sujeto. No obstante, como ya establecía la doctrina alemana, existe un interés superior por parte del Estado al interés que pueda tener el individuo, refiriéndonos, en concreto, a la correcta formación del sujeto en el ámbito sexual, toda vez que estos sujetos pasivos no poseen una madurez suficiente que les permita actuar de forma consciente. Ese mecanismo de defensa que presenta el Estado posibilita que en un futuro puedan desarrollarse libremente en materia sexual, sin que existan interferencias externas que puedan influir en el periodo de formación sexual. De ahí que el método que propugna el Estado sea restringir o limitar su capacidad para consentir legalmente actos de naturaleza sexual, decretando de esta forma límites al bien

⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 59.

⁴⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J./SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *EP*, 1982, pp. 255-285.

jurídico⁵⁰. Para Sánchez Tomás el consentimiento que prestan estos sujetos pasivos se encuentra limitado por las circunstancias que les rodean, aunque tal consentimiento se considera válido a los efectos del ejercicio de la libertad sexual. Sin embargo, dada la importancia que para el Estado tienen estos individuos se establecen una serie de precauciones o limitaciones a fin de evitar que sean objeto de abusos que puedan interferir en el proceso de formación de la voluntad para el ejercicio de dicha libertad sexual⁵¹.

En suma, y a modo de conclusión coincido con aquellos autores que manifiestan que estos sujetos pasivos carecen de libertad sexual desde la perspectiva jurídica como imposición legal, aunque no real, por lo que cabe concluir que la libertad sexual no es el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil, en tanto en cuanto carecen de ella por imperativo legal⁵².

⁵⁰ JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, traducción MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 5ª ed., 1993, p. 232, para estos autores el bien jurídico es un valor abstracto de orden social que se encuentra protegido jurídicamente, y donde la comunidad tiene un interés especial por mantenerlo, pudiendo atribuirse tanto al individuo como a la colectividad la titularidad del mismo.

⁵¹ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *CPC*, 1997, p. 112.

⁵² Señala MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 160, que la problemática surgida en torno a la libertad sexual como bien jurídico protegido no se da sólo en España, sino también en otros países europeos. En efecto, se puede ejemplificar el caso de Italia en donde el menor de catorce años no ostenta legalmente libertad sexual. En consecuencia, no se puede reconocer la libertad sexual como un bien jurídico protegido unitario si no se admite cuando el sujeto pasivo no presenta esa edad. En este sentido, CADOPPI, A., *Commentari delle norme contro la violenza*, 2002, pp. 568-570, establece las siguientes fases teniendo presente las variables edad/libertad sexual sin tener en cuenta las restricciones propias de la pornografía: a) el menor de catorce años no dispone en ningún caso de libertad sexual propia, siendo el blanco perfecto de cualquier forma de agresión sexual; b) el mayor de catorce pero menor de dieciséis años sí dispone de libertad sexual, aunque es probable que su consentimiento quede viciado, habida cuenta que es difícil que el mismo lo exponga de forma libre y espontánea, ello dependerá del hecho en concreto; c) el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años dispone de plena autodeterminación en materia sexual; d) el mayor de dieciocho años goza de plena libertad sexual para desarrollar cualquier

III. INDEMNIDAD O INTANGIBILIDAD SEXUAL.

Son muchos los autores que han puesto de relieve que al no reconocerse a estos sujetos autodeterminación plena en el ámbito sexual no se puede inferir que la libertad sexual sea el objeto tutelado para estos delitos, habida cuenta que no se puede proteger lo que no se tiene ni fáctica ni jurídicamente, de esta forma optan más bien por defender la idea de intangibilidad⁵³ o indemnidad sexual⁵⁴, o incluso la seguridad sexual. Así, los defensores de esta opción conciben la idea de indemnidad o intangibilidad sexual como un bien jurídico autónomo y diferenciado de la libertad sexual, consistente en el derecho de estos sujetos a estar libres de cualquier daño de orden sexual⁵⁵. Es más, la propia CE reconoce como un derecho autónomo calificado por el TC como un bien constitucionalizado a la protección de la juventud y a la infancia en virtud del art. 20.4 y en relación con los arts. 39.4, 43 y 49 de la CE. Ahora bien, en este sentido no existe impedimento alguno para que ocasionalmente, ambos bienes jurídicos coincidan en la redacción como así resulta de lo preceptuado por el legislador en el art. 181.1 Cp.

Sea como fuere, lo cierto es que el Código Penal distingue entre libertad sexual e indemnidad sexual tanto en la rúbrica como en la

tipo de comportamiento incluido los de naturaleza pornográfica, siendo únicamente constitutivo de delito aquellos que se desarrollen bajo violencia o intimidación.

⁵³ Entre otras, la SAP de Guipúzcoa, de 12 de diciembre de 1997 recoge que ante los hechos probados «se está ante una modalidad delictiva cuyo interés tutelado no es la libertad sexual en sentido estricto, sino la intangibilidad o indemnidad sexual de los sujetos apreciados en ellos, quienes, incapaces desde el punto de vista jurídico penal de ejercer válidamente dicho interés, merecen en consecuencia una especial protección por parte del ordenamiento jurídico ...»; SAP de Cádiz, de 8 de noviembre de 1999; SAP de Sevilla, de 14 de mayo de 1999.

⁵⁴ Recoge este término COBO DEL ROSAL, M., en BAJO FERNANDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. II, 1983, p. 402.

⁵⁵ COBO DEL ROSAL, M., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. II, 1983, p. 402.

redacción de los tipos penales, como hemos señalado, por lo que habrá de tenerse en cuenta quién es el titular del bien jurídico para determinar si se trata de libertad o de indemnidad sexual lo que se está protegiendo.

Por otra parte, en nuestro país no existe unanimidad por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia a la hora de concretar el concepto de indemnidad sexual. Así, como consecuencia de esta falta de consenso antes de la reforma de 1999 del Cp, la STS 694/1998, de 22 de mayo, (RJ 1998/4255) estableció que su ámbito de protección «...se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual».

El concepto de intangibilidad aparece por primera vez en la doctrina italiana a finales de los sesenta y comienzo de los ochenta. Para conformar este concepto los autores sostienen que algunas personas dadas las cualidades que concurren en ellas o la situación en la que se encuentran son sexualmente intocables⁵⁶, esto es, deben permanecer completamente al margen de conductas de carácter sexual⁵⁷. Tal concepto, manifiesta Morillas Fernández, recuerda a la nomenclatura «víctimas especialmente vulnerables» acotada en determinados delitos como, por ejemplo, en violencia habitual en el ámbito doméstico, utilizado según este autor con el propósito de proteger a aquellos grupos sociales que reúnan caracteres propios y comunes, endógenos o exógenos que los hacen fácilmente victimizables⁵⁸.

⁵⁶ Sobre esta idea se manifiesta la STS de 26 de octubre de 1987 (RJ 1987/7602) al indicar que la intangibilidad sexual es «la especial protección que la Ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual por encontrarse en determinadas circunstancias especiales, se hallan más desamparados que el resto de la comunidad».

⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *ADP*, 1999-2000, p. 232.

⁵⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios penales sobre Violencia*, 2002, p. 122. Sin embargo, para GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 476, el concepto intangibilidad sexual debería

Con todo, el primero en recoger esta idea será Contieri, quien afirma que «el bien jurídico ofendido por los actos de *libidine* ejecutados contra las personas englobadas en alguna de estas situaciones, esto es, menores o incapaces, es lo que podría designarse como intangibilidad sexual»⁵⁹.

En España asume el concepto de intangibilidad o indemnidad sexual Carmona Salgado. Esta autora asevera que tal concepto es una consecuencia de la ausencia de libertad sexual, por tanto, «...aquella cualidad predicable de los sujetos que no pueden ejercer su libertad sexual por estar incapacitados para ello»⁶⁰. En términos parecidos se expresa González Rus, el cual criticaba las limitaciones que se producían en el Código anterior a 1995 al privarse a las personas necesitadas de especial protección, a los que por aquella época se denominaba enajenados, de cualquier tipo de contacto sexual, pues se consideraba en todo caso delito. De este modo, sostiene que el legislador no puede mirar hacia otro lado y dejar desamparados a estos sujetos, de ahí que haya establecido una protección especial, proclamando ilícito cualquier abuso o agravio de carácter sexual de la que sean víctimas⁶¹.

Por su parte, Orts Berenguer mantiene una postura contraria a tales afirmaciones, pues asevera que el recurso a la indemnidad sexual o a conceptos próximos, y a pesar de la rúbrica que le da nombre, no explica satisfactoriamente la protección de la que son merecedores

estimarse como el objeto tutelado para los casos en que la víctima sea menor de dieciséis años, edad a partir de la cual el legislador presume *iuris tantum* la capacidad de autodeterminación de estos sujetos.

⁵⁹ CONTIERI, E., *La congiunzione carnale violenta*, 1980, p. 25.

⁶⁰ CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos*, 1981, p. 41. Por otro lado, antes de la reforma de 1999 la jurisprudencia, en la STS 694/1998, de 22 de mayo (RJ 1998/4255) se hace eco del término indemnidad sexual afirmando que el ámbito de protección «se extiende al normal desarrollo y formación de la vida sexual».

⁶¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CEP*, 1982, pp. 283-285.

estos sujetos pasivos⁶² ni tampoco delimita el contenido de esa protección, pues para él en última instancia tienen «derecho» a no ser molestados en el ámbito sexual como el resto de los ciudadanos. Por consiguiente, plantea que tal tesis es inválida, pues tal distinción no es necesaria desde el punto de vista jurídico⁶³. Conjuntamente este mismo autor y Suarez-Mira Rodríguez expresan que precisamente el contenido del injusto en los delitos contra la libertad sexual es el daño del que pueden estar exentos estos sujetos pasivos⁶⁴. Así, para este sector doctrinal estos sujetos también tienen libertad sexual⁶⁵, pero su especialidad radica en que no se les reconoce dicha libertad, por cuanto que al consentimiento que éstos presten no se les puede atribuir el mismo valor o significado que al resto de los ciudadanos. Por ende, la pretensión del legislador es el interés en asegurar que las relaciones interpersonales en las que consisten los contactos sexuales se desarrollen en libertad, acotando mediante limitaciones los contactos que se realicen en el ámbito sexual. Pues bien, para fundamentar tal tesis se sustentan en la afirmación de que mientras a los adultos psíquicamente sanos se les presupone capacidad suficiente para gestionar autónomamente el impulso sexual, a los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección no se les presume.

Por otro lado, para otros autores asimilar los conceptos de indemnidad e intangibilidad no es del todo correcto, en tanto que

⁶² BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, pp. 139-140.

⁶³ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 3ª, 1999, p. 259.

⁶⁴ ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p.19.

⁶⁵ En contra, COBO DEL ROSAL, M., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Comentarios a la legislación*, 1983, p. 385, afirmó que «...al año de nacer no se tiene libertad sexual, pero tampoco se debe tener a los doce recién cumplidos. Y mantener lo contrario no es, en este caso progresismo alguno, es sencillamente, no saber lo que es la libertad sexual o la minoría de edad».

plantean que el concepto de indemnidad atiende a una realidad más amplia de la que es objeto de protección penal. A este respecto, señala Cobo del Rosal que tal término abarcaría la plena libertad de un adecuado proceso de formación sexual del individuo que está incluido dentro de un proceso más complejo como resulta ser la maduración del sujeto⁶⁶.

Precisamente, esta afirmación tiene una especial relevancia si se tiene en consideración que los sujetos pasivos no tienen desarrollada una adecuada formación para que su voluntad sea considerada libre, bien porque aún no la tienen reconocida, o bien porque nunca se les reconocerá. De este modo, la voluntad no puede ser siempre un elemento esencial para considerar la conducta como lícita, cuando por regla general sí se la tiene presente cuando se trata de conductas sexuales entre adultos. Por ende, la tesis que asumen estos autores es la creencia de que el bien jurídico tutelado en el Título VIII, Libro Segundo del Código Penal es la libertad sexual como concreción de la libertad personal. Y que en palabras de Díez Ripollés «...se encuentra automatizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve la propia de los comportamientos sexuales, incluyendo de forma específica el de la indemnidad sexual de los menores e incapaces cuando sean los sujetos pasivos del hecho delictivo»⁶⁷.

⁶⁶ COBO DEL ROSAL, M./QUINTAMAR DÍEZ, M.F., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2002, p. 692.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLES, J.L., *RDPC*, 2000, p. 53.

Por su parte, el Tribunal Supremo identifica en concreto a la indemnidad sexual como objeto de protección en sus Sentencias 1494/2002, de 20 de septiembre (RJ 2002/8162); 496/2002, de 20 de marzo (RJ 2002/4018); 432/2002, de 8 de marzo (RJ 2002/3975), 2343/2001, de 11 de diciembre (RJ 2002/1525); 1030/2000, de 13 de junio (RJ 1993/5197). Y no tan expresamente en las STS 1316/2002, de 10 de julio (RJ2002/7450) y 492/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/2385). De igual forma, las Audiencias Provinciales se muestran partidarias de acotar este bien jurídico, así podemos señalar como ejemplo, la SAP de Valladolid 866/2002, de 30 de noviembre (ARP 2002/849) que resume perfectamente el planteamiento señalado por otras instancias al afirmar que «...el

Esta no es la única idea esgrimida sobre el concepto indemnidad, aunque sí es el más utilizada y aceptada en la actualidad. A mayor abundamiento, se pueden señalar otras como, por ejemplo, la defendida por Díez Ripollés, que la concibe como «...un interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial, al margen del ejercicio de la sexualidad»⁶⁸. O bien, la mantenida por Muñoz Conde circunscribiendo el concepto «...a la normal evolución y desarrollo de la personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual. Y en el caso de incapaz o deficiente mental evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales»⁶⁹.

Finalmente, se encuentran aquellos autores que afirman que lo que se protege con tal concepto es el proceso de formación en la educación sexual como una parte del proceso formativo y educativo en el que se encuentran inmersos no sólo los niños, sino también adolescentes y jóvenes, a fin de que no se vea lesionado por ataques graves que pueden llegar a ser en muchos casos traumáticos y que conllevan un atentado contra la dignidad y la salud física y psíquica del menor. En el caso de la persona con discapacidad consistiría dicha protección en tutelar el derecho a su integridad psicofísica mediante la

bien jurídico protegido en el delito del artículo 189.1 a) viene referido por la necesidad de preservar la indemnidad sexual de los sujetos pasivos, que por su condición de menores e incapaces, deben ser objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico, en cuanto y esencialmente los menores que nos ocupan, dada su edad, no tienen capacidad para orientar el ejercicio de su propia sexualidad» y añade que la sociedad (...) no puede consentir que se someta a unos niños de tan corta edad como son los fotografiados que nos ocupan, a actos respecto de los cuales no tienen capacidad para consentir ...».

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLES, J.L., *RDPC*, 2000, p. 63.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., 2013, p. 207.

prohibición de todo tipo de agresiones en el ámbito sexual, «...en el que el presupuesto de madurez se erige en un obstáculo, por su ausencia en el caso de los incapaces, insalvable a los efectos del ejercicio en plenitud de facultades del derecho a una real libertad sexual»⁷⁰.

De otra parte, una de las críticas vertidas al legislador es la de no haber procedido a acotar con más claridad el concepto indemnidad sexual⁷¹, lo que generó que la doctrina y la jurisprudencia intentaran delimitarlo. Tal labor resultó a la postre infructuosa, pues no se dieron las condiciones de unanimidad en el establecimiento de su precisión. A tal efecto, la STS 492/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/2385) especifica como conducta vulneradora de la indemnidad sexual del sujeto pasivo «...la aptitud para incidir o influenciar en la forma de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas». Por consiguiente, puede reseñarse como principal diferencia entre libertad e indemnidad sexual el siguiente argumento expuesto en la STS 144/1995, de 8 de febrero (RJ 1995/712), «...la libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguarda porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de

⁷⁰ COBO DEL ROSAL, M./QUINTAMAR DÍEZ, M.F., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2002, p. 691.

⁷¹ Según el Diccionario de la RAE de la Lengua el término indemnidad, equivale a «estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio». (Versión electrónica <http://www.rae.es>-, 2014).

autodeterminación sexual». Pues bien, el concepto más común al que se atiende a la hora de delimitar el concepto de indemnidad sexual, sin tener en cuenta los intentos de la jurisprudencia que la definen de una forma más imprecisa⁷², es la realizada por Carmona Salgado. En efecto, esta autora realiza un balance sobre los reiterados planteamientos del sector de la doctrina que defienden los postulados atinentes a la protección de ciertos sujetos que por razón de edad o de imposibilidad permanente o circunstancial de decidir, merecen una especial tutela en materia sexual⁷³. Así, circunscribe el concepto de indemnidad sexual como «...el derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso de formación sexual de los mismos»⁷⁴.

Dicho esto, parece ser que las Sentencias del Tribunal Supremo acogen un concepto más completo de indemnidad sexual que el mantenido por Carmona Salgado. Así, lo resuelven como «...el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar

⁷² La STS 574/1995, de 21 de abril (RJ 1995/3533) define indemnidad sexual desde la perspectiva de los menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección como «...el derecho a exigir seguridad para su futura libertad sexual ...». De manera menos precisa, la STS 1468/1993, de 18 de junio (RJ 1993/5197) al señalar a los menores como personas que «...aún no tiene adquirida su madurez sexual y no poseen una plena capacidad de decisión, evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su minoría de edad, que hace que les lleve a la toma de decisiones transcendentales para la vida social y personal cuando aún no ha alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria».

⁷³ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CEP*, 1982, p. 284.

⁷⁴ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, 1995, p. 290.

psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad»⁷⁵.

Con todo, teniendo presente la variedad de postulados esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia en orden a precisar el concepto de indemnidad e intangibilidad, se observa que todas ellas tienen en común el hecho de que señalen los daños o las intromisiones que pueden padecer los sujetos, pero no entran a valorar tales daños o intromisiones. A tal efecto, Díez Ripollés sí se detiene a analizar los posibles perjuicios o injerencias que pueden sufrir éstos y procede a clasificarlos en dos grupos:

- a) En relación a los menores de edad, alteraciones que pueden producirse debido a los actos de contenido sexual que desvirtuarían el adecuado y normal desarrollo de su personalidad, más concretamente, en su proceso de formación sexual o incluso el desequilibrio psíquico derivado de la incompreensión del comportamiento sexual⁷⁶.
- b) En cuanto a las personas con discapacitadas necesitadas de especial protección, se pone el acento en las consecuencias negativas que se producirían en su normal proceso de socialización, dado que se encuentran incapacitadas y no pueden controlar sus instintos, pudiendo convertirse en objetos sexuales para los demás⁷⁷.

A modo de recapitulación y de conformidad con las tesis expuestas, el concepto de indemnidad sexual que se defiende en este trabajo doctoral, se acerca más a los postulados desarrollados por Cobo

⁷⁵ SSTs 476/2006, de 2 de mayo (RJ 2006/3106) FJ 2º; 51/2008, de 6 de febrero (RJ 2008/1850) FJ 9º; STS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495).

⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *ADP*, p. 63.

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *ADP*, p. 63.

del Rosal y Quintamar Díez⁷⁸ o Muñoz Conde⁷⁹, que al concepto tradicional suscrito entre otros, por González Rus⁸⁰ o Carmona Salgado⁸¹. Es por ello, que coincido con aquellas voces que predicán que lo que debe protegerse en materia sexual es el correcto proceso de formación sexual de los sujetos pasivos, esto es, la prohibición general de que sean sujetos de comportamientos de carácter sexual consentidos o no, con el propósito de que una vez sean adultos, los primeros decidan en libertad su comportamiento sexual y respecto de los segundos, no actúen como objetos sexuales de terceras personas, pues semejantes actos pueden causar daños traumáticos a las víctimas.

En nuestra opinión, la principal diferencia existente entre la idea tradicional y la que aquí se defiende estriba en que aquélla postula que todo comportamiento en el que se vean envueltos los sujetos pasivos atentará contra la indemnidad sexual, fundamentado en el derecho que

⁷⁸ COBO DEL ROSAL, M./QUINTAMAR DÍEZ, M.F., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2002, p. 691.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2013, pp. 206 y 207. También en esta línea BEGUÉ LEZAÚN, J.J., *RDMF*, 2005, pp. 67-187 considera que es doctrinal pacífica y de consenso jurisprudencial, la relativa a los derecho e intereses que intentan ser tutelados mediante la punición de las conductas relativas a la pornografía infantil, esto es, el bien jurídico objeto de protección es la indemnidad sexual de las víctimas, comprendida ésta como el adecuado desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo en su aspecto sexual en tanto que menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Según este autor, la indemnidad sexual como bien jurídico protegido es predicable de la totalidad de las conductas que referidas a la pornografía infantil se encuentran tipificadas en los ordinales 1º y 2º del art. 189, aun cuando se incriminan conductas orientadas a la elaboración de material pornográfico tales como la tenencia dirigida a la distribución y la tenencia con fines de «autoconsumo» siempre resultará preciso que, previamente, un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección haya sido sometido para elaborar el material poseído a conductas actas para menoscabar el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual.

⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CEP*, 1982, p. 284. Del mismo autor, *CPC*, 1996, p. 691.

⁸¹ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, 1995, p. 290.

tienen éstos a no ser objetos de explotación y tráfico sexual. En cambio, la tesis que aquí se diserta es que tal menoscabo a la indemnidad sexual únicamente se produciría cuando exista una incidencia directa sobre estos individuos. Por tanto, no se produciría la lesión o puesta en peligro del bien jurídico indemnidad sexual en aquellos supuestos en donde el menor no haya sido consciente de que ha sido objeto de una filmación pornográfica, por cuanto no existe afectación al proceso de formación de su sexualidad -dado que no tiene conocimiento de que está siendo grabado, fotografiado, etc.-. Pues bien, en sentido similar se pronuncia un sector de la doctrina al señalar que «...la protección penal de los menores frente a las acciones de contenido sexual no persigue convertirlos en una suerte de sujetos intangibles o inaccesibles a cualquier manifestación sexual. La indemnidad sexual de los menores no se justifica como un fin en sí mismo, sino en cuanto medio para asegurar las condiciones básicas para el desarrollo de la personalidad, que permita en el futuro la libertad de elección en materia sexual ...»⁸². Y en términos parecidos, Boldova Pasamar esgrime que no todo contacto o actividad sexual que se tenga con estos sujetos ha de significar un perjuicio o menoscabo en la esfera sexual. Y es más, continúa arguyendo que la ley no prohíbe en el tipo de corrupción de menores cualquier contacto sexual con los sujetos

⁸² TORRES FERNÁNDEZ, *RECPC*, 1999, p. 75. Y en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 1996, p. 178. Para GÓMEZ TOMILLO, en GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios Prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 476, significa que cuando se esté ante sujetos pasivos de escasa edad que ni siquiera llegan a tener conciencia de lo que sucede a su alrededor puede afirmarse que se estaría ante un delito de peligro abstracto puro. Y en cuanto al concepto de intangibilidad sexual debe estimarse como el bien jurídico protegido en los casos en los que la víctima es menor de dieciséis años, edad a partir de la cual el legislador presume *iuris tantum* la capacidad de autodeterminación sexual.

pasivos «...sino sólo los que tengan la capacidad de perjudicarlo, y no física o moralmente, sino en el ámbito de su personalidad...»⁸³.

IV. DERECHO A UN DESARROLLO Y UNA FORMACIÓN ADECUADOS.

Frente a las tesis reseñadas en los apartados anteriores también aparecen una serie de autores que sostienen desde una perspectiva general, que el objeto tutelado en el Título VIII del Cp es la libertad sexual y, específicamente, cuando se trata de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección el bien jurídico que se protege es el *bienestar psíquico* de estos sujetos, esto es, «el derecho a un desarrollo y a una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses y a un adecuado proceso de socialización»⁸⁴.

En este punto hay que plantearse la diferencia que existe entre la indemnidad sexual y el derecho a un desarrollo y formación adecuados. Así, el primero de ellos va referenciado al ámbito sexual de estos sujetos, que para el caso de los menores se correspondería con la normal evolución y desarrollo de su personalidad en aras a que cuando llegue a ser adulto pueda decidir libremente el comportamiento sexual a seguir; y en el caso de personas con discapacidad protegerlos para evitar que puedan ser objetos de explotación y tráfico sexual. En cambio en el segundo de los bienes jurídicos se recoge un ámbito más

⁸³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 526.

⁸⁴ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 3ª, 1999, p. 259; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.) *Compendio de Derecho Penal*, vol. II, 1998, p.132, postula que se protege la libre formación de la voluntad del menor o incapaz, así como la dignidad de los mismos; LATORRE LATORRE, V./RAMÓN GOMIS, L., en LATORRE LATORRE, V., (coord.), *Mujer y Derecho Penal*, 1995, pp. 59 y ss., al señalar que el bien jurídico es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuado de su personalidad; en los mismos términos CUERDA ARNAU, L., *CDJ*, 1997, pp. 203 y 208, quien no obstante añade que en el caso del art. 189 también aparece como objeto protegido el derecho que aquellos tienen a su intimidad.

amplio y complejo -ámbito personal, social, cultural, etc.- y no se limita sólo a la esfera sexual del individuo⁸⁵.

En este sentido, para Morillas Fernández el ámbito de aplicación del bien jurídico derecho a un desarrollo y una formación adecuada es demasiado amplio. Así, según este autor cualquier delito que tenga como sujeto pasivo a un menor de edad o persona con discapacidad obligaría a protegerse este bien jurídico. De este modo afirma que, para que sea eficaz como objeto de protección ha de ir acompañado por otro, es decir, dos bienes jurídicos protegidos como, por ejemplo, la dignidad y el adecuado proceso de formación de menores y personas con discapacidad, o la intimidad y el proceso de formación adecuado⁸⁶.

En esta línea, Orts Berenguer y Roig Torres, expresan que «...la intención del legislador es la de proteger penalmente varios bienes jurídicos cuya titularidad corresponde a los menores de edad y incapaces, cuales son los adecuados procesos de formación y socialización de unos y otros, y su intimidad»⁸⁷.

V. INTIMIDAD.

De acuerdo con Romeo Casanoba la intimidad abarcaría «...aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes

⁸⁵ CUERDA ARNAU, L., *CDJ*, 1997, p. 203, mantiene una postura contraria a este planteamiento, pues para esta autora no es la correcta formación del menor la base por la cual han de castigarse estas conductas, aun cuando las mismas no interfieran de forma grave en la formación integral del menor y se apartasen de lo que se entiende por relaciones sexuales convencionales. Es más, insiste en la idea de que también una formación insuficiente puede provocar un inadecuado desarrollo del sujeto cuya tutela se pretende proteger.

⁸⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 170.

⁸⁷ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 129.

públicos ...». De la definición se extrae que el derecho a la intimidad supone también el reconocimiento de esa reserva o de ese control sobre terceros, debiéndose resaltar que se incluyen no sólo el conocimiento sino también el desenvolvimiento en sí mismo. A juicio de este autor, la intimidad así comprendida encuentra tres cauces principales de protección penal. En primer lugar, la protección de la intimidad como reducto de la manifestación de la personalidad en la vida privada. En segundo lugar, la protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida; y en tercer lugar, la protección de la intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación⁸⁸. En este contexto, para Rueda Martín la mencionada protección de la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida comprende no sólo el control sobre la salida de la información personal o familiar, sino también, el devenir de la misma. Especialmente, en determinados contextos en los que se puede encontrar involucrada la intimidad como sucede con la expansión de las telecomunicaciones a través de la informática o con el desarrollo de las tecnologías en diversos ámbitos que presentan riesgos que condicionan la protección de aquella por nuevas amenazas. En consecuencia, se puede afirmar que una persona ostenta el derecho a controlar a posteriori la información personal y familiar que ha confiado únicamente a terceras personas⁸⁹.

Constitucionalmente la intimidad aparece contemplada en el artículo 18 de la Carta Magna en el que se destaca entre sus diversos

⁸⁸ ROMEO CASANOBA, C.M., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 2004, pp. 692 y ss.

Para PÉREZ ROYO, J., el derecho a la intimidad es un derecho elástico de contenido variable que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que su contenido ha de ser delimitado de manera casuística, *Curso de Derecho Constitucional*, ed. 15ª, 2016, p. 301.

⁸⁹ RUEDA MARTÍN, M.A., *RPAD*, 2013, p. 13.

aspectos: 1) la intimidad personal y familiar y la propia imagen y el derecho al Honor -18.1 CE-, 2) la inviolabilidad del domicilio -18.2 CE-, 3) el secreto de las comunicaciones -18.3 CE- y 4) la limitación del uso de la informática para el honor y la intimidad personal y familiar -18.4 CE-⁹⁰. En lo referente al alcance que se establece en esta terminología, cada una de las cuatro acepciones mencionadas engloba unas características propias, aun así, la doctrina mayoritaria sostiene que todos estos derechos derivan del derecho a la intimidad y que cada uno de ellos pueden considerarse concreciones del mismo. Así, según mantiene reiterada doctrina constitucional en SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 2º; 197/1991 de 17 de octubre; 20/1992 de 14 de febrero; 219/1992 de 3 de diciembre; 142/1993, de 22 de abril; 117/1994, de 25 de abril; 143/1994, de 9 de mayo; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11º expresa que el derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida⁹¹, y referido preferentemente a la esfera personal de la vida privada o de lo íntimo,⁹² (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º) y es el eje en torno al que gira la LO 1/1982 en lo que al derecho a la intimidad se refiere. No obstante, para concretar el objeto de estudio y lo que aquí interesa se tendrán presentes las acepciones primera y cuarta. En este sentido, un sector de la doctrina circunscribe el concepto de intimidad⁹³ como bien jurídico protegido bajo una doble

⁹⁰ SEGRELLES DE ARENAZA, I., en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Compendio de Derecho penal*, 2000, p. 272.

⁹¹ SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5º; 57/1984, de 8 de mayo, FJ 5º.

⁹² VALEIJE ÁLVAREZ, I., en CARBONELL MATEU, J.C./OTROS (dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales*, 2009, p. 1865, para esta autora las imágenes difundidas sin aquiescencia de la persona grabada se refieren a momentos cotidianos que hay que calificar como íntimos y no de secretos.

⁹³ MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal*, 6ª ed., 2011, pp. 1284 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S.,

perspectiva: a) negativo, como una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada que pueden calificarse de secretos y, b) un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso los ya conocidos para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular⁹⁴.

La intimidad personal⁹⁵ se halla afectada como expone la STS 1641/2000, de 23 de octubre (RJ 2000/8791) mediante la invasión en el ámbito de la privacidad y según dispone el TC en la STC 73/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982/73) es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren. En parecidos términos la STS 692/1997, de 7 de noviembre (RJ 1997/8348) explica que el derecho fundamental a la intimidad personal -art. 18.1 CE- se concreta en «...la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyan la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ...».

(coord.), *Comentarios al Código Penal*, vol. I, 1996, p. 994; CARBONEL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 2010, pp. 323 y 324; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, 6ª ed., 2010, p. 283; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., 2010, p. 269; ALFONSO DE ESCAMILLA, A., en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2011, p. 198; DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., *La Ley*, 1996, p. 1191; JAREÑO LEAL, M.A./DOVAL PAÍS, A., *La Ley*, 1999, p. 1673; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 2004, pp. 323 y ss.; CARRASCO ANDRINO, M., *Derecho Penal. Parte especial* (I), 2010, p. 559; PAREDES CASTAÑON, J.M., en LUZÓN PEÑA, D.L., (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 411; ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 20; HUERTA TOCILDO, S./ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *RDP*, 2002, p. 57; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, M.C., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios Prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 654.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2013, p. 255.

⁹⁵ SEGRELLES DE ARENANZA, I., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Compendio de Derecho penal*, 2000, p. 272; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (dir.) *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 565; LOZANO MIRALLES, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.) *Compendio de Derecho Penal*, 1998, p. 195.

La base de todos estos postulados encuentra su fundamentación de protección en el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero sobre la Protección del Menor en la medida en que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y, a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Ahora bien, el principio de intervención mínima y la existencia de mecanismos extrapenales de protección permiten que sólo tenga relevancia jurídico-penal aquellos ataques a la intimidad que sean especialmente graves⁹⁶, por cuanto que ya reciben una protección tanto civil a través de la LO 1/1982, de Protección Civil al derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y, a la propia Imagen⁹⁷, como administrativamente en virtud de la LO 17/1999, de Protección de datos Personales⁹⁸.

Dicho esto, la doctrina no es unánime con la posibilidad de considerar a la intimidad como objeto de protección en los delitos de pornografía. De esta manera, los argumentos en contra de esta posibilidad son referidos por distintos autores⁹⁹. En concreto, Morillas Fernández opina que la finalidad perseguida por el legislador no es la de considerar como bien jurídico la intimidad en el art. 189 Cp, toda

⁹⁶ El derecho a la intimidad se garantiza incluso en lugares públicos. Así se sostiene en las SSTC 12/2012, de 30 de enero, (FJ 5º), 7/2014, de 27 de enero, (FJ 4º), y la obtención de información de manera ilegítima, aunque posteriormente no se divulgue, constituye una violación del derecho a la intimidad como postula PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, ed. 15ª, 2016, p. 298.

⁹⁷ De la misma opinión VALEIJE ÁLVAREZ, I., en CARBONELL MATEU, J.C./OTROS (dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales*, 2009, p. 1866.

⁹⁸ Según BOLEA BARDÓN, C., en CORDOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, p. 732.

⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *RP*, 1998, p. 19.

vez que si esa hubiere sido la pretensión legislativa no se habría creado el tipo penal de pornografía infantil, por cuanto que éste podría incardinarse en las conductas típicas contenidas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 197 Cp. En cambio, a favor de considerar la intimidad como bien jurídico protegido en el art. 189 hay otras voces que aprecian únicamente la figura del art. 197 para el supuesto en el que exista filmación y posterior difusión del material pornográfico en el que se ha violentado o intimidado a la víctima y, por ende, no haya existido consentimiento de ésta¹⁰⁰.

Con todo, a nuestro juicio, es más acertado el planteamiento presentado por un tercer sector que sostiene una postura intermedia ante esta dualidad de ideas, aunque en aras a la verdad se hallan más posicionados por admitir el bien jurídico, intimidad como objeto de protección. En efecto, estos autores se basan para argumentar sus postulados en el criterio del consentimiento prestado por el menor. Para ello establecen distinto tratamiento en aquellos supuestos en los que el menor presta su consentimiento, o no. De este modo, en la primera hipótesis consideran que habría una afectación de la indemnidad sexual del menor, pues hay que recordar que el consentimiento prestado por menores de dieciocho años para la realización de actividades relacionadas con la pornografía infantil se reputa inválido, y en consecuencia, aplicación del artículo 189 Cp; mientras que en la segunda, la circunscriben a un concurso de delitos entre el art. 189 y el art. 197 Cp, por cuanto que se ha lesionado tanto la indemnidad sexual como la intimidad de los sujetos pasivos¹⁰¹.

¹⁰⁰ CUERDA ARNAU, M.L., *CDJ*, 1997, p. 211.

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 115. ORTOS BERENGUER. E./ SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 245, defienden que el bien jurídico lesionado en el art. 189. «...no es distinto de los demás delitos del Título VIII cuando el sujeto pasivo es un menor de edad o incapaz, con el añadido de la intimidad, sobre la que dichos sujetos no

Para finalizar cabría añadir a los postulados esgrimidos que la intimidad no sólo es reconocida como bien jurídico protegido constitucionalmente, en virtud del art. 18 CE, sino que, además, habrá de ser interpretada en relación con el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que reconoce «...el derecho del niño a la protección ante las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...».

VI. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE ELLA.

La dignidad de la persona¹⁰² y los derechos derivados de ella¹⁰³ se encuentran contemplados en el artículo 10.1 CE en virtud del cual la señala como «...fundamento del orden político y de la paz social, de forma conjunta con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás...»¹⁰⁴. Y según nuestro TC es «...una

tienen plena disponibilidad...», según se señala en el art. 4 de la LO 1/1996, sobre Protección del Menor.

¹⁰² Señala ALONSO ÁLAMOS, M., *RGDC*, núm. 12, 2011, p. 11 que la dignidad de la persona se encuentra reconocida en las Constituciones de nuestro entorno, en concreto, en Alemania se ha acudido para precisar el alcance de tal concepto a denominada *fórmula del objeto o de la no instrumentalización*, desarrollada por Dürig, seguida por el Tribunal Constitucional alemán, y asentada en las raíces de los postulados de Kant, según la cual «la dignidad es menoscabada cuando la persona es tratada como una cosa o simplemente como un objeto, y ello con independencia de que con la acción indignante se persiga o no un fin adicional, algún fin, pues la mera reducción de otra persona a objeto sería, por sí, atentatoria contra la dignidad». De este modo, la garantía de la dignidad como derecho fundamental en el Derecho Constitucional alemán, asegura que el hombre no va a ser reducido a un simple objeto en las relaciones con el Estado ni en la relación con los demás.

¹⁰³ El artículo 10.1 de la CE señala: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

¹⁰⁴ OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual*, 2001, p. 31. Este autor al hablar de violencia habitual en el ámbito doméstico asemeja la dignidad de la persona con el derecho de no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el sentido del art. 15 CE; Del mismo modo, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, vol.

cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales ...irrenunciable, inalterable e imprescindible... como los demás derechos de la personalidad reconocidos en la CE, según manifiesta la STC 120/1990, de 27 de junio. Aun así, no existe en la Carta Magna ningún artículo que reconozca específicamente a la dignidad de la persona como un derecho fundamental autónomo – cuando es mencionada es para señalar el conjunto de derechos que le son inherentes y no su significación o alcance- y, sin embargo, sí tiene singular importancia el reconocimiento del derecho a la integridad moral a la que Muñoz Conde define como «...el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad ...»,¹⁰⁵ la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes en el artículo 15 CE. Ahora bien, el art. 10.1 CE no es el único precepto que hace referencia a los derechos inherentes a la persona, sino que tal artículo constitucional debe relacionarse con el art. 1.1 de la LO 1/1982, de 3 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Pero qué alcance tiene el concepto de dignidad de la persona para ser considerado como bien jurídico protegido principal. A la cuestión planteada parece que la doctrina encuentra dificultades en orden a delimitarla como objeto protegido principal en Derecho Penal, por cuanto que se afirma que su contenido resulta ser abstracto y difuso. En el intento de realizar la labor de interpretación del concepto se parte de la premisa, defendida por una amplia mayoría doctrinal, que la dignidad es «...lo específicamente humano y que de la misma derivan y en ella descansan los derechos personalísimos en sentido jurídico-civil, es decir, vida, integridad, libertad, honor, intimidad, etc. o los derechos

I, 2008, pp. 146; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios a las leyes políticas*, t. II, 1984, p. 317.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., 2017, p. 163.

humanos en su dimensión constitucional ...» o como sostiene la STC 214/1991 (FJ 1º) «...de esta dignidad humana común derivan, sin duda, el Derecho al honor y otros de los Derechos reconocidos en el art.18 CE...». De suerte que para estos autores el concepto de dignidad no es unívoco, así que han elaborado distintos conceptos que podrían quedar resumidos en: a) el que afirma la superioridad del hombre sobre los demás seres vivos, dentro de la tradición cristiana y de una filosofía moral kantiana, y b) el que pone el acento en el reconocimiento de la humanidad sin necesidad de compararlo con seres vivos inferiores, animales irracionales y vegetales¹⁰⁶. No obstante, las distintas delimitaciones con los que la doctrina ha trabajado siempre desembocan en el mismo sentido, es decir, aceptan que la dignidad siempre se remite a lo «específicamente humano».

Actualmente, la dignidad de la persona abarca un principio político-criminal que limita las intervenciones del legislador, según Alonso Álamó. De este modo ninguna ley aprobada por el poder legislativo puede estar en contradicción con la dignidad de la persona¹⁰⁷. Y no le falta razón en ello, puesto que la ley creada por el legislador sin respetar la dignidad constituiría, en palabras de esta autora, «un injusto legal» añadiendo a su vez, y en parecidos términos a lo señalado por Cerezo Mir, que la dignidad de la persona «...está sustraída a la ponderación en atención a su especial significación o, si se prefiere, a su singular peso respecto de bienes y derechos esenciales, lo que en el ámbito español se fundamenta en que la dignidad es un

¹⁰⁶ ALONSO ÁLAMO, M., *RP*, 2007, p. 3. A mayor abundamiento, sobre el derecho a la dignidad puede consultarse GALLEGO GARCÍA, G., *Derecho Penal liberal*, 2005, pp. 246 y ss.

¹⁰⁷ Para esta autora el principio de la dignidad de la persona como principio político-criminal básico «se proyecta sobre todo el Derecho Penal e informa al principio político-criminal de intervención mínima, la discusión sobre los fines de la pena, el principio de culpabilidad, la justificación del comportamiento típico ...». ALONSO ÁLAMOS, M., *RGDC*, núm. 12, 2011, p. 2.

principio material de justicia de validez *a priori*»¹⁰⁸. En efecto, para Cerezo Mir se trataría más bien de un principio material de justicia de validez *a priori* de dignidad de la persona, el cual no puede ser infringido por ningún Derecho positivo, pues de hacerlo, no sería Derecho y de no respetarse el citado principio «...carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho»¹⁰⁹.

El reconocimiento *de facto* de que la dignidad de la persona es inherente a la persona humana y que de ella emanan los derechos fundamentales. Junto con la idea de considerarla como principio material que se antepone a cualquier otro principio y que, a su vez, es fuente de inspiración de los valores reconocidos en la Constitución, ha llevado a sostener por un sector de la doctrina que al Derecho penal no le compete la protección directa de la dignidad, sino parcelas de la misma como, por ejemplo, vida, integridad moral, libertad, honor, etc.

Ahora bien, en cambio algunos autores disertan que la protección de la dignidad estaría detrás de los tipos delictivos que protegen los bienes jurídicos fundamentales o incluso, «...detrás de todo el Derecho penal, pero no sería susceptible de protección directa, inmediata». En efecto, en este sentido se expresan por un lado, Gracia Martín el cual sostiene que la dignidad humana no es un bien jurídico, sino un atributo totalizador que abarca las dimensiones físicas y espirituales que posee cada persona, «...todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona (...) pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido del injusto específico de un determinado comportamiento punible ...»¹¹⁰, y de otro, Díez Ripollés para quien el

¹⁰⁸ ALONSO ÁLAMOS, M., *RGDC*, núm. 12, 2011, p. 16.

¹⁰⁹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, t. I, 2004, p. 20.

¹¹⁰ GRACIA MARTÍN, L., *AP*, 1996, pp. 581-582.

concepto de dignidad personal no es adecuado para determinar los atributos de un bien jurídico¹¹¹.

De todo ello se infiere la complejidad y disparidad de criterios en la delimitación del concepto de dignidad, su materialización en los derechos de la persona, la función informadora o interpretativa de los mismos y su consideración como principio material de justicia limitador de las intervenciones punitivas del legislador e informador del orden jurídico. De lo que se deduce, además, en los términos que expresa la doctrina citada, que la dignidad no puede ser protegida por el Derecho penal, sin embargo, sí pueden serlo los derechos o intereses en los que se concreta. Frente a todos estos postulados Alonso Álamó se opone a ellos e insiste que la dignidad de la persona –diferenciando entre dignidad de la persona y la dignidad humana-¹¹² sí puede ser objeto de protección principal en el Derecho Penal independientemente de que el concepto resulte indeterminado o difuso. Así que, para sustentar su postulado, afianza tal afirmación en la idea de que en el Código Penal ya se hallan otros bienes jurídicos protegidos con esa misma indeterminación y vaguedad como, por ejemplo, el honor, integridad moral. Abundando, tal postura la basa en dos planteamientos: a) que la protección penal de la dignidad no se agotaría en la protección de los bienes jurídicos de carácter personalísimo como la vida, libertad, integridad física, integridad moral, honor, etc.¹¹³ y otros derechos esenciales de las persona, pues siempre quedaría algo,

¹¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad*, 1999, p. 241.

¹¹² Esta autora distingue entre los conceptos referentes a la dignidad de la persona y la dignidad humana. Así, para la autora éste último concepto abarca un espacio más amplio. Para más información puede verse en *RGDC*, núm. 11, 2011.

¹¹³ A este respecto, DÍAZ PITA, M.M., *EPC*, 1997, pp. 74 y 84, sostiene que la integridad moral es «...una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de configurar, de forma voluntaria pensamientos, ideas, o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad».

lo específicamente humano, que podría ser menoscabado con independencia de que se atentase, por ejemplo, contra la libertad o integridad¹¹⁴; y b) se plantea si la esencia de la persona ese «algo», lo específicamente humano, se concreta en el derecho a la integridad moral en virtud del art. 15 CE. A esta última manifestación se responde expresando que, conceptualmente hay que distinguir ambos conceptos, toda vez que la dignidad está por encima de la integridad moral y demás derechos de la persona en que se concreta¹¹⁵. En definitiva, si bien es cierto que aunque esta autora reconoce que es difícil definir y trata de determinar la esencia de la dignidad, no es menos cierto que señala la evidencia de un amplio acuerdo jurídico-doctrinal que defiende la posibilidad de establecer qué acciones son atentatorias contra la misma. Y apuesta en que el alcance la dignidad de la persona se define negativamente a partir de las acciones que la menoscaban - estaría cercana a la fórmula del objeto tal y como así se defiende por el Tribunal Constitucional alemán-. De esta manera la dignidad será menoscabada cuando la persona sea tratada como una cosa o un simple objeto «...con

¹¹⁴ En el mismo sentido, pero observándolo desde otro prisma ROMEO CASABONA, C., *El Derecho y la Bioética*, 1994, p. 68 y ss., afirma que la dignidad humana puede ser lesionada a través de o en conexión con la agresión de los concretos derechos fundamentales y postula que no toda lesión a los mismos implica la lesión a la dignidad. Por lo que se deduce que la dignidad es «algo» distinto que constituiría según este autor la esencia misma de la persona, pudiendo ser atacada «...por conductas que cosifiquen, instrumentalicen, humillen o envilezcan a la persona».

¹¹⁵ A este respecto, como acertadamente sostiene ALONSO ÁLAMOS, M., *RGDC*, núm. 12, 2011, p. 16, los derechos esenciales de la persona son inherentes a la dignidad, tal como reza el texto constitucional español -artículo 10-, pero no son la dignidad. La dignidad ni se confunde ni se agota en tales derechos. Para tal planteamiento se fundamenta en primer lugar, «...porque se puede lesionar la dignidad sin lesionar ninguno de los derechos que le son inherentes, a salvo de los problemas singulares que suscita el derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE ...». De otro, «...porque no toda lesión de un derecho esencial implica necesariamente la lesión de la dignidad. Se puede atentar contra alguno de los derechos inherentes a la dignidad y no atentar contra la dignidad. En este sentido señala Dreier que se puede lesionar la vida sin que haya una lesión de la dignidad ...».

independencia de que con la acción indignante se persiga o no un fin adicional, algún fin, pues la mera reducción de la persona a objeto, sería por sí atentatoria contra la dignidad...»¹¹⁶, coincidiendo de tal modo con lo postulado por Romeo Casanoba.

En orden a la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha ofrecido sobre el concepto de la dignidad, la ha considerado como «...un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás ...»¹¹⁷ y a la vez, como derecho fundamental que es, es decir, un elemento esencial en el Ordenamiento Jurídico como reconoce la STC 25/1981, de 14 de julio.

Durante el periodo en el que estuvo vigente la LO 11/1999, de 30 de abril, de reforma del Cp del 95 y respecto de lo que aquí nos interesa en materia de pornografía infantil, este bien jurídico no obtuvo el apoyo mayoritario de la doctrina para considerarlo el objeto tutelado en las conductas descritas en el art. 189 Cp. Siendo la postura más común apreciarlo parcialmente, acompañado con otro bien jurídico. En efecto, tal planteamiento fue sostenido Díaz-Maroto y Villarejo al afirmar que el interés tutelado en el art. 189 Cp es «...la libre formación de la

¹¹⁶ ALONSO ÁLAMO, M., *RGDC*, núm. 12, 2011, p. 19 señala respecto de la dignidad como objeto tutelable que «...su protección se delimita a partir de las exigencias que dimanen de la fórmula del objeto, esto es, la no degradación, envilecimiento, reducción a cosa o instrumentalización de la persona, y que las conductas atentatorias contra la dignidad no constituyen un catálogo fijo, cerrado, sino que surgen y se perfilan en el devenir histórico, a veces vinculadas a la aparición de fuentes de peligro en conexión con los avances científicos y tecnológicos. Por ello hemos de sostener que los delitos contra la dignidad no constituyen un coto cerrado sino una realidad abierta, formada en la historia, de la que el legislador se va haciendo eco ...».

¹¹⁷ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º.

voluntad del menor o incapaz, así como la dignidad de los mismos ...»¹¹⁸. O bien, la tesis defendida por Sánchez Tomás que contempló a la dignidad como subsidiario de la libertad sexual. Esto es, según el autor la dignidad sólo podrá estimarse como único objeto de protección en una posible colisión que pudiera darse entre ésta y otros derechos de la persona, en cuyo caso se resolvería a favor de aquella y, en consecuencia, se produciría la restricción o anulación de la libertad sexual, «...pues no toda relación sexual consentida debe influir negativamente en el mismo»¹¹⁹.

En cualquier caso, la principal crítica según estos autores que debe realizarse a la dignidad de la persona como posible objeto de protección cabe reseñar la amplitud y diversidad de su determinación. En este sentido, se manifiesta Barquín Sanz aseverando que el concepto de dignidad humana presenta dificultades en su definición, pues resulta poco precisa o ambigua en su contenido, toda vez que abarca demasiados aspectos genéricos y no entra a delimitar el objeto que se protege «...el mismo acoge en su seno aspectos del individuo dignos de protección tan variados como, la libertad, la seguridad, la integridad, la salud, la idea de humanidad, la incolumidad personal, el bienestar, además de las implicaciones en el ámbito individual. Abarcando por consiguiente, demasiados aspectos genéricos, sin entrar en particularidades del objeto de protección ...»¹²⁰. Sin embargo, la dignidad de la persona como bien jurídico protegido sí se admite por la doctrina en determinados delitos como, por ejemplo, torturas, tratos

¹¹⁸ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 1998, p. 132.

¹¹⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *CPC*, 1997, p. 112.

¹²⁰ BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura*, 1982, pp. 230-234, si bien es cierto que en la actualidad ha cambiado tal afirmación en favor de la integridad moral como objeto a proteger en los delitos de trato degradante en BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, 2001, pp. 50-58.

inhumanos o degradantes¹²¹ u otros que ven en este bien jurídico el objeto tutelado en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico¹²² e incluso el propio legislador incluye dentro de este grupo a los delitos de acoso laboral e inmobiliario, art. 173. Pero en este punto hay que señalar como acertadamente ha expresado Alonso Álamos, que el contenido del bien jurídico, integridad moral es totalmente diferente al alcance o contenido de la dignidad de la persona, como se ha significado en las líneas anteriores.

La referencia de algunos autores en relación a que de la dignidad derivan y en ella reposan los derechos fundamentales y de ahí que su ámbito de aplicación abarque tan extenso espacio, tiene su exponente en Pérez Alonso, el cual asevera que «...la dignidad es la base de todos los derechos y, por tanto, se hace difícil imaginar un delito que no lleve implícito un ataque a la persona»¹²³. De tal afirmación cabe inferir que para este autor la lesión al bien jurídico, dignidad, se genera en la mayoría de los tipos penales descritos en el Código penal, incluidas las conductas de pornografía infantil. Pero el no reconocimiento de la dignidad de la persona como objeto principal de protección no ha quedado reducido a tales afirmaciones, sino que se añaden a éstas, otras voces que manifiestan que la dignidad de la persona tiene un campo de aplicación tan extenso que hace que se extienda a otros

¹²¹ BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura*, 1982, pp. 230-234, si bien es cierto que en la actualidad ha cambiado tal afirmación en favor de la integridad moral como objeto a proteger en los delitos de trato degradante, BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, 2001, pp. 50-58; CUERDA ARNAU, M.L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., p. 189

¹²² Entre otros, CERVELLÓ DONDERIS, M.V., *PJ*, 1994, pp. 45 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, vol. I, 2008, pp. 221 y ss.; RUÍZ VADILLO, E., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado*, 2004, p. 1923; Jurisprudencialmente también se puede contemplar esta opinión, entre otras, en las SSTs de 17 de mayo (RJ 1990/41429; 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9036); y 20 de junio de 2000 (RJ 2000/580).

¹²³ PÉREZ ALONSO, E.J., *RFDG*, 1999, p. 155.

derechos igualmente merecedores de protección, lo que origina que la doctrina busque limitar su afectación. A este respecto, postula Contieri que «...en todo ataque a la libertad sexual se hace cuestión de la propia dignidad humana, se agreden las más íntimas convicciones del sujeto, se ven lesionadas las más profundas instancias que fundamentan la persona, cuales son las que dan vida a la capacidad de decidir sobre el propio comportamiento»¹²⁴.

Con todo, a nuestro juicio, la dignidad de la persona puede ser objeto de protección principal en un ilícito penal, por cuanto que su alcance puede ser definido negativamente. Esto quiere decir que la dignidad se menoscaba cuando la persona es tratada como una cosa y, por tanto, con tal afirmación coincidimos plenamente con los postulados realizados por Alonso Álamó. Por ello, y llegado a este punto cabe precisar, adelantándonos al capítulo correspondiente al análisis de las conductas típicas, que en las conductas referenciadas al art. 189.1 b) asumimos la dignidad de los menores -entendida como la no degradación de la víctima para evitar ser considerada y utilizada como una cosa u objeto en particular y la de todos los menores en general- junto con la seguridad de la infancia los objetos protegidos en este precepto. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que la dignidad de la persona se verá subsidiariamente afectada en casi todos los delitos de pornografía infantil a excepción del antiguo art. 189.7 del Cp, introducido en virtud de la Ley Orgánica 15/2003 y actualmente regulado en el art. 189.1 *in fine* c) tras la reforma operada por LO 1/2015, por la que se modifica la LO 10/1995 del Cp, referente a la pseudopornografía, por cuanto que en esta modalidad de pornografía no existe un sujeto pasivo real y, por tanto, ningún bien jurídico al que proteger.

¹²⁴ CONTIERI, E., La congiunzione carnale violenta, 1959, p. 17.

VII. MORAL SEXUAL COLECTIVA.

En último lugar, diserta un sector minoritario de la doctrina que el bien jurídico que se protege en el art. 189 del Cp es la *moral sexual colectiva*¹²⁵ entendida como «...el orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas». Este grupo minoritario de autores, que va cada vez estando más adeptos, plantean la existencia de una dualidad de bienes jurídicos en materia de pornografía infantil, así cabe destacar a Velázquez Barón que contempla junto con la indemnidad sexual la tutela de la moral social dominante, fundamentando dicha opinión en el párrafo primero del artículo 189 «...por cuanto constituye un fundamento político-criminal de represión y erradicación de la oferta y la demanda de dicha actividad; circunstancia que deriva en que, junto a la indemnidad sexual de los sujetos pasivos protegidos, se está tutelando la moral social dominante»¹²⁶. En parecidos términos, se pronuncia Begué Lezaún, el cual contempla la posibilidad de que se estén salvaguardando una dualidad de objetos tutelados en los que la afectación se produciría de una parte en la indemnidad sexual de forma indirecta, y de otra, en la referida moral sexual colectiva de forma directa. Sin embargo, este postulado es erróneo a nuestro modo de ver, puesto que, en puridad, no existe un menoscabo real del objeto de protección, habida cuenta que la indemnidad sexual ya ha sido lesionada con anterioridad –art. 189.1 a)- e incluso tampoco existe la afectación sobre otros objetos de protección indirectos como, por ejemplo, ocurriría en el supuesto de la filmación de imágenes pornográficas de menores o en la llamada pornografía virtual en la que, a nuestro juicio, tampoco existe lesión a la indemnidad sexual, sino más bien, la afectación directa de una idílica supuesta moral sexual

¹²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *RDPC*, 2000, p. 71.

¹²⁶ VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo*, 2001, p. 30.

colectiva que de manera coercitiva el legislador pretende imponer a la sociedad. Así con el postulado descrito sostiene que mediante los parámetros de tal protección el legislador ha pretendido instaurar una conducta sancionadora dirigida contra el poseedor o consumidor del objeto material a fin de establecer unos límites a las conductas sexuales, o en otras palabras, como el propio Begué Lezaún mantiene «...es un intento de delimitar... y asimilar aquellas que son contrarias a la misma»¹²⁷.

A mayor abundamiento, manifiesta en relación a la conducta típica de tenencia de pornografía infantil para cuya elaboración hayan sido utilizados menores o personas con discapacidad incorporada en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre en su art. 189.2, actualmente art. 189.5 Cp tras la modificación producida por LO 1/2015, de 30 de marzo y que incluye además la adquisición de este material, que tales conductas son los suficientes lesivas para la moral sexual colectiva como para motivar la intervención del Derecho penal, sin que con ello se desvirtúe el carácter fragmentario que posee dicho Derecho, habida cuenta que la pretensión del legislador ha sido impedir la proliferación de la demanda en el mercado ilícito de pornografía de los sujetos pasivos, utilizando para ello «...la coacción psicológica creada por la tipificación de la tenencia preordenada, esperando con ello la disminución de la oferta, y así pueda desaparecer la demanda»¹²⁸. En este sentido, hay que traer a colación las palabras de Caruso Fontán, las cuales comparto, en la medida en que mantiene una postura contraria en relación a la oferta y demanda de material

¹²⁷ BEGUÉ LEZAÚN, J., *Delitos contra la libertad*, 1999, p. 199.

¹²⁸ BEGUÉ LEZAÚN, J., *Delitos contra la libertad*, 1999, pp. 199 y 207. De la misma opinión en cuanto a atajar el consumo y con ello prevenir la producción de material pornográfico infantil real, no así de la pornografía infantil virtual, pues en este último supuesto se estaría ante un Derecho penal de autor para identificar a los pedófilos, son los autores MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 1396.

pornográfico infantil. En efecto, sostiene esta autora que no se puede deducir que el acceso a este tipo de material promueva necesariamente la producción de material pornográfico en los que participen estos sujetos pasivos¹²⁹.

Otros autores, como Boix Reig/Orts Berenguer son muy contundentes en reconocer que el propósito del legislador de 2003 con respecto algunas conductas típicas modificadas o incluidas en el art. 189 Cp fue la representación de una defensa de la moral sexual colectiva, hecho que podríamos trasladar en los mismos términos a lo producido en la reforma de 2015 y más concretamente, respecto por ejemplo de la conducta de la simple posesión de este tipo de material¹³⁰. En contra de tal opinión, Caruso Fontán arguye que el Derecho penal no tiene como objetivo inculcar a los ciudadanos comportamientos que se ajusten a la moral sexual dominante, sino evitar la lesión o menoscabo de los bienes jurídicos fundamentales¹³¹.

Por su parte, Tamarit Sumalla pese a defender un bien jurídico diferente como objeto tutelado en materia de pornografía infantil, esclarece, y no le falta razón en su planteamiento, que un Derecho penal que protege la libertad sexual es incompatible con la idea de utilizar el *ius puniendi* del Estado al servicio de proteger contenidos morales, ya sean los vigentes en la sociedad actual o como resultado de expresar una moral sexual ideal que pretende imponerse de forma coactiva, regulando toda conducta que sea contraria a la moral sexual dominante¹³². Junto a este autor, Muñoz Conde opina que convertir la moral sexual en un bien jurídico autónomo sin la identificación de otros

¹²⁹ CARUSO FONTÁN, V., *RP*, núm. 28, 2011, p. 41.

¹³⁰ BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., en ROIX REIG, J., (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2010, p. 682.

¹³¹ CARUSO FONTÁN, V., *RP*, núm. 28, 2011, p. 41.

¹³² TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 58.

objetos de tutela puede generar que el Derecho penal en esta materia de estudio se convierta en un «... instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático»¹³³. Es más, si se acepta tal postulado implícitamente se estaría negando la propia naturaleza del bien jurídico, pues como indica Díez Ripollés, «...tales objetos, protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas»¹³⁴.

Por último a tener en cuenta, y dentro de la corriente de detractores de la tipificación de la conducta de adquisición o posesión de material pornográfico para su propio uso, art. 189.5 Cp, se encuentra Díaz Y García Conlledo, el cual niega aquellos postulados minoritarios que contemplan de manera conjunta la indemnidad sexual y la moral sexual colectiva, sosteniendo que si bien es cierto que la indemnidad sexual de los sujetos puede verse de alguna manera afectada por estas conductas, no es menos cierto que la afectación al mencionado bien jurídico «...es indirecta y no se refiere a conductas que lesionen o pongan en peligro directamente el bien jurídico», aunque reconoce que tampoco hay que considerar la simple posesión de este material como una conducta lícita, si no que más bien hay que considerarla como un delito de peligro abstracto del que se puede hablar de una prevalencia de una determinada moral sexual, probablemente inducida por ciertos sectores de opinión, y de una utilización excesiva del Derecho penal con las características que se predicen de un Derecho penal del enemigo¹³⁵.

¹³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2013, p. 211.

¹³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *JPD*, 1997, pp. 17 y 18.

¹³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, 2006, p. 202.

En conclusión, en nuestra opinión, de aceptarse que el bien jurídico protegido es la moral sexual colectiva y en concreto refiriéndonos al art. 189.5, puesto que negamos que sea la moral sexual colectiva el objeto tutelado en el art. 189.1, ni tan siquiera de forma indirecta, se está reconociendo implícitamente la intromisión del legislador en el terreno de la libertad y privacidad personal. De reconocerse tal posibilidad quedaría fundamentado el *ius puniendi* del Estado, pues en caso contrario, o sea, de considerar como lo hace la mayoría de la doctrina a la indemnidad sexual como objeto tutelado en las conductas típicas del art. 189.5, significaría reconocer que con la comisión de tales acciones típicas no se está ocasionando ninguna lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual de la víctima. Es más, de aceptarse como válido el objeto de protección la indemnidad sexual, su incriminación implica infringir el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad, lesividad, o en definitiva, hasta el propio principio de intervención mínima del Derecho penal, pues no existe afectación directa sobre este bien jurídico.

VIII. TOMA DE POSTURA.

El estudio de los distintos postulados que han tratado de delimitar el objeto tutelado en los delitos sexuales y, particularmente, en el art. 189 son varios y muy diferentes. Cada una de las propuestas ofrecidas por la doctrina deviene de su interpretación teleológica con el propósito de descifrar su *ratio legis*. De este modo, los distintos planteamientos aportados pretenden fundamentar el objeto tutelable a partir de su ubicación sistemática.

Siguiendo los parámetros señalados, en el siguiente apartado tomaremos una posición conforme a concretar el bien o bienes jurídicos objeto de protección en los delitos de pornografía infantil. Para esta labor tendremos en consideración el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos o de ofensividad, puesto que no hay que olvidar

la importancia que se presta al bien jurídico en la conformación de la teoría del delito.

Dicho esto, cabe reseñar que tal tarea se muestra compleja desde su inicio, pese a la determinación legislativa de considerar como bien jurídico protegido la indemnidad sexual en los diversos tipos penales del art. 189. Sin embargo, tal determinación carece de toda lógica si observamos la redacción de los tipos. En efecto, el art. 189 muestra una incoherencia en su redacción que no permite afirmar que sólo y exclusivamente sea la indemnidad sexual el objeto que se tutela en el artículo. Por ello, en estas líneas trataremos de afianzar tal postura e intentaremos dar respuesta a la cuestión planteada, es decir, qué bien o bienes jurídicos se protegen en el art. 189.

El título de la rúbrica del Título VIII del Cp «*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*» permite pensar *a priori*, como así se defiende por la doctrina mayoritaria, que el legislador ha establecido como valores de protección dos bienes jurídicos autónomos. Por un lado, la libertad sexual que se situará como el objeto tutelado cuando el sujeto pasivo sea adulto –mayor de edad- y en aquellos otros casos en que el sujeto sea mayor de 16 años, siendo éste el límite mínimo para consentir válidamente un acto sexual –nuevo límite cronológico establecido por el legislador de 2015-. De otro, la indemnidad sexual cuando de menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección se trate. Esta protección reforzada que establece el legislador se fundamenta en la imposibilidad que, por imperativo legal, ostentan estos sujetos de ejercer la libertad entendida como capacidad de autodeterminación, de modo que respecto de los primeros porque no la tienen aún reconocida y en cuanto a los segundos porque no poseen los presupuestos cognitivos ni volitivos para ello.

Pese a las diversas pretensiones legislativas, el legislador español nos tiene acostumbrados a que a veces las rúbricas legales no se correspondan con el valor o valores que pretende proteger, de ahí que

se haya afirmado con demasiada frecuencia que las rúbricas no determinan de forma definitiva la protección legal de un bien jurídico, sino que ello se consigue a través de la configuración y el contenido del precepto encargado de su protección. Ahora bien, en nuestro objeto de estudio si se parte de una interpretación teleológica permite inferir que libertad e indemnidad sexual son los objetos tutelados principalmente en el Título VIII; sin embargo, ello no obsta para que afirmemos que, a nuestro juicio y aun a riesgo de equivocarnos, subsisten otros bienes jurídicos protegidos en el contenido de los tipos penales del art. 189. Ejemplificando, aunque adelantemos posturas, tal circunstancia ocurre en el art. 189,1 b) cuyos bienes objetos de protección resultan ser la dignidad¹³⁶ y la seguridad de la infancia para las conductas típicas que se regulan y no como hace entender el legislador, esto es, la indemnidad sexual que resulta previamente lesionada con la realización de las conductas circunscritas en el art. 189.1 a).

Lo mismo sucede con el art. 189.5 –adquisición, posesión o acceso de material pornográfico infantil para uso privado– cuya pretensión legislativa va encaminada a proteger otro bien jurídico muy distinto al de la indemnidad sexual. En efecto, sostenemos que en tales conductas el valor principal de protección es la moral sexual colectiva, aunque esta afirmación conlleve reconocer que nuestro legislador aplica un Derecho penal del enemigo persiguiendo a pedófilos con la regulación de tales conductas y bajo el prisma de la moralidad sexual, y que dependerá de determinados ideales que imperen en cada momento en la sociedad o el Gobierno de turno. En definitiva, a lo que se viene denominando «populismo punitivo».

¹³⁶ Es decir, conforme a los planteamientos expuestos por Alonso Álamó, la protección penal de la dignidad de la persona va referida a la no instrumentalización y envilecimiento de los sujetos pasivos.

Por consiguiente, si el planteamiento señalado se considera acertado, sería el único fundamento que justificaría el *ius puniendi* del Estado en estos supuestos. De lo contrario, conllevaría admitir que la comisión de tales conductas no implica una lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, indemnidad sexual, toda vez que no existe un sujeto pasivo al que proteger su indemnidad sexual, lo que significaría a su vez, por tanto, la vulneración del principio de exclusión de protección de los bienes jurídicos. Es más, con la incriminación de tales conductas el reproche penal se dirige a la posesión, adquisición o acceso de material pedófilo, es decir, sobre el objeto material del delito. Un material en el que se encuentran representados los sujetos pasivos que previamente ha sido elaborado, por ende, el menoscabo al objeto protegido, indemnidad sexual, se ha realizado con anterioridad. Por ello, nos cuestionamos si con tal criminalización no se produce la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal.

Con todo, y teniendo presente lo anteriormente expuesto, nuestras conclusiones sobre el objeto tutelado en el art. 189 pueden resumirse de la siguiente manera:

Para la doctrina mayoritaria la libertad e indemnidad sexuales son bienes jurídicos autónomos que se protegen en el Título VIII, según se desprende de la rúbrica del Título, tras la modificación producida por LO 11/1999 del Código Penal. Dicho esto, el problema que se plantea es saber cuándo se entiende protegido uno u otro bien jurídico respecto de las conductas típicas con connotaciones sexuales en los que aparezcan inmersos los menores de edad y personas con discapacidad. Para resolver esta interrogante han de tenerse en cuenta las características propias del sujeto pasivo, esto es, así de *lege lata* por regla general la libertad sexual regirá como objeto tutelado cuando el sujeto pasivo sea mayor de edad, es decir, a los dieciocho años de edad,

según establece el art. 12 CE¹³⁷. Ahora bien, tras la reforma introducida por LO 1/2015 el legislador instaura una salvedad, es decir, considera válido el consentimiento prestado por menores de dieciséis años para la realización de actividades sexuales con otro individuo que se encuentre próximo a la edad de aquél y su grado de desarrollo y madurez sean parecidos –art. 183 quater-.

Por el contrario, regirá la indemnidad sexual como objeto protegido cuando se trate de menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Aunque, respecto de tal afirmación Morales Prats/García Alberó sostienen que más bien cabe hablar de libertad sexual como bien tutelado cuando se ejerza violencia o intimidación sobre los menores para realizar actos de contenido sexual¹³⁸. Además, añaden que tal planteamiento cabe matizarlo desde la perspectiva del derecho que tiene todo individuo a no ser obligado a realizar o soportar la realización de comportamientos sexuales no deseados, aceptados o no consentidos. Es decir, según la tesis sostenida por estos autores, esto conlleva abrazar una concepción de la libertad sexual estática o negativa, o de una dimensión dinámico-positiva que ostentarían los mayores de dieciséis años cuando se tratase de dejarse llevar por sus apetencias o en aquellos supuestos en los que se elige un determinado comportamiento sexual, de tal modo que, de no existir dicha franja de edad implicaría reconocer que todo individuo menor de edad ostenta libertad sexual.

¹³⁷ Según establece la Carta Magna, art. 12 CE, a la edad de 18 años se le otorga capacidad plena o autodeterminación. No obstante, dicha capacidad plena pueda estar limitada si se encuentra en una situación de incapacidad en cuyo caso la persona carece absolutamente de aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y deberes jurídicos, por lo que precisará de un representante legal que ejerza los derechos y deberes de los cuales es titular, según establece el art. 322 del C.c.

¹³⁸ De la misma opinión ORTOS BERENGUER. E., en VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte especial*, 1999, p. 263.

A nuestro juicio y en contra de la opinión vertida por Morales Prats/García Alberó, en los supuesto en los que existiese violencia o intimidación sobre estos sujetos pasivos para realizar actos de carácter sexual que constituyen material pornográfico infantil la afectación recaería sobre su indemnidad sexual, ya que con tal conducta se vulneraría el normal desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual y la posibilidad de que fueran explotados sexualmente o de ser utilizados como objetos sexuales en el caso de las personas con discapacidad –con independencia de los posibles concursos de delitos que pudieran darse con los abusos o agresiones sexuales. De suerte que por imperativo legal la libertad sexual no la tienen reconocida.

Por consiguiente, en los delitos de pornografía infantil el legislador refuerza la protección de los sujetos pasivos del siguiente modo: en el caso del menor de edad la libertad sexual no se le reconocerá hasta que no cumpla los dieciocho años de edad y respecto de la persona con discapacidad necesitada de especial protección hasta que no cese su situación de discapacidad. Es más, en nuestra opinión, el postulado señalado por estos autores cae por su propio peso desde el momento en que de *lege lata* no se reconoce válido el consentimiento libre y voluntario prestado por el menor de dieciséis años para la grabación de actos sexuales que vayan encaminados a la elaboración de material pornográfico o para realizar espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Por el contrario, son los dieciocho años la edad mínima que establece el legislador para no incurrir en la comisión de un delito de pornografía infantil. De este modo, se afianza como objeto tutelado la indemnidad sexual, reforzando aún más la tutela cuando de menores de dieciocho años de edad se trate, y pese a que al mismo tiempo y aun siendo contradictorio, les reconoce cierta autonomía en el ámbito sexual cuando la edad sea superior a los dieciséis años dotando de validez el consentimiento prestado por los jóvenes mayores de dieciséis años -art. 183 quater-. Por ende, se observa una incoherencia

manifiesta en la regulación ofrecida en el Capítulo V del Título VIII, esto es, la diferencia de edad para el menor que se establece entre los arts. 189 y demás delitos del Capítulo V y que la reforma de 2015 podría haber solventado si hubiese unificado la edad cronológica de éstos.

De otra parte, cabe reseñar los problemas a los que ha tenido que hacer frente la doctrina para determinar el alcance y significado del concepto de indemnidad sexual como objeto protegido. En este sentido, son variados y diferentes los postulados esgrimidos que pretenden acotar su alcance. Así, Carmona Salgado considera a la indemnidad sexual como el derecho a no sufrir injerencias por parte de terceros, protegiendo el bienestar psíquico de estos sujetos para que de este modo puedan desarrollar un adecuado proceso de formación en la esfera sexual. O bien, los planteamientos defendidos por Cobo del Rosal, Quintamar Díez o Muñoz Conde para quienes con la indemnidad sexual se estaría tutelando el desarrollo o evolución normal de la personalidad, en aras a que cuando el menor alcance la mayoría de edad pueda decidir libremente su comportamiento en el ámbito sexual y en cuanto a las personas con discapacidad, éstas no sean utilizadas como meros objetos sexuales por terceros que puedan abusar de su situación de discapacidad.

Así las cosas, de asumirse la tesis de Carmona Salgado implicaría reducir todas las conductas típicas de pornografía infantil a un sólo objeto de protección, esto es, la indemnidad sexual ceñida al derecho que ostentan los menores y personas con discapacidad a no ser explotados sexualmente. Así que de admitirse tal postulado tendríamos que asumir que la realización de las conductas descritas en el art. 189 producen siempre un menoscabo a la indemnidad sexual, con independencia de si tales acciones tienen una incidencia directa o indirecta sobre el sujeto pasivo, puesto que, de todos modos, siempre se daría una afectación al bienestar psíquico o al derecho a no sufrir interferencias por parte terceros en el ámbito sexual.

En cambio, si se acepta el segundo de los postulados señalados como así sostenemos en este trabajo doctoral, es decir, que la indemnidad sexual protege el normal desarrollo de la personalidad en materia sexual, ello permitiría diferenciar entre aquellas conductas en la que se ha producido una afectación directa sobre estos individuos de aquellas otras en las que la incidencia es indirecta. Para ejemplificar tal postura, piénsese, en la distinción entre los supuestos en los que los sujetos pasivos son conscientes de que están siendo objeto de una grabación o fotografiados mientras mantienen relaciones sexuales o simplemente se encuentran desnudos dentro de un contexto sexual, de aquellos otros en las que el menor está manteniendo relaciones sexuales con otro menor y el acto sexual se graba por un adulto sin conocimiento de éstos para ser compartido posteriormente por Internet. Pues bien, en este último supuesto hipotético no existiría lesión o puesta en peligro en su indemnidad sexual, por cuanto que tal conducta no incide negativamente en el desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual dado que no se han percatado de que están siendo grabados o fotografiados.

Mención aparte de lo anterior, se suscita en la doctrina en general con toda lógica si cabe plantearse una potencial lesión a la indemnidad sexual del menor de 17 años recién cumplidos que mantiene relaciones sexuales habituales con su pareja y acepta un día tenerlas en presencia de varios espectadores. En este caso teniendo presente que las relaciones sexuales comienzan a mantenerse a edades cada vez más tempranas, la lesión que pudiera producirse al normal desarrollo en el ámbito sexual en el ejemplo descrito o incluso al bienestar psíquico sería harto improbable.

Ahora bien, admitir este alcance de la indemnidad sexual, según los postulados defendidos, implica asumir que en materia de pornografía infantil se genera, en algunas ocasiones, una dualidad de bienes jurídicos protegidos, que dependerá de la conducta típica a la

que hagamos referencia. En efecto, es justamente la realidad que, a nuestro juicio, se proyecta en determinadas conductas típicas como ya adelantaron otros autores como Tamarit Sumalla, Díaz-Maroto Villarejo o Pérez Alonso, entre otros¹³⁹.

A este respecto, la doctrina mayoritaria mantiene que el objeto tutelado en las conductas típicas de la letra a) del art. 189.1 es la indemnidad sexual. Es cierto que en principio será la indemnidad sexual el objeto tutelado, pero tal afirmación habría que matizarla. Siguiendo el criterio mantenido por estos últimos autores, el objeto tutelado dependerá del modo en que el autor realice la conducta típica. De tal forma que cabrá la posibilidad de que coexistan dos bienes jurídicos protegidos dependiendo de si el menor es consciente o no de la acción que realiza el autor. Ejemplificando, aquel menor que conozca que va a ser utilizado para elaborar fotografías mientras realiza actos con connotación sexual. Tal supuesto se incardinaría en el art. 189.1 a) dado que se estaría vulnerando su indemnidad sexual, es decir, comprendiendo por tal, el normal desarrollo o evolución en el ámbito sexual del sujeto pasivo, y con independencia de que hubiese prestado su consentimiento para tales prácticas, aunque ya hemos señalado en líneas anteriores que el consentimiento prestado se reputaría inválido para los delitos relacionados con la pornografía infantil.

De contrario, es decir, si dichas imágenes se hubiesen captado sin el conocimiento del menor, en este caso el bien jurídico tutelado sería

¹³⁹ Para los autores ORTS BERENGUER. E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 245, el bien jurídico lesionado en el art. 189.1 no es distinto a los demás delitos recogidos en el Título VIII del CP, es decir, la libertad sexual, pero además cuando se trate de sujetos pasivos menores de edad o incapaces, se añade otro objeto tutelado como es la intimidad, habida cuenta que estos sujetos no tienen la plena disponibilidad como se señala en el art. 4 de la LO 1/1996.

bien la intimidad¹⁴⁰, el derecho a la propia imagen¹⁴¹ conectada, según Morales Prats/García Albero,¹⁴² a la idea anglosajona de *privacidad*, esto es, el derecho a no ser molestado o a la tranquilidad en su esfera privada¹⁴³, o bien la dignidad en los términos expresados por Alonso Álamó, es decir, a no ser tratado como una cosa u objeto al que degradar. Por consiguiente, de producirse tales supuestos, a nuestro juicio, la solución que habría de conferirse pasaría por reconocer la existencia de un concurso ideal de delitos entre el art. 189.1 a) y el art. 197.5 al tratarse de un menor de edad o persona con discapacidad,

¹⁴⁰ De la misma opinión TAMARIT SUMALLA, J.L., *La protección penal del menor*, 2002, pp.131-135. Por otro lado, en la doctrina constitucional, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, ed. 15ª, 2016, p. 297, sostiene que el legislador contempla la intimidad desde la perspectiva de las «intromisiones ilegítimas» que en ella pueden producirse, poniendo el acento en el consentimiento prestado o no del titular del derecho, en base al art. 2.2 de la LO 1/1982.

¹⁴¹ El Derecho a la propia imagen, a nuestro juicio, es un derecho complementario al Derecho al Honor y especialmente del derecho a la intimidad. Así es reconocido por la jurisprudencia constitucional en la STC 117/1994, FJ 3º) «El derecho a la propia imagen, reconocido en el art. 18.1 CE al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característico, propios e inmediatos, como son la imagen física ...». No obstante, recientemente el mismo Tribunal, y sin dejar de admitir el vínculo existente entre el derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen, plantea que éste último tiene un contenido autónomo, STC 81/2001; en otra, sin embargo, establece que el derecho a la propia imagen regulado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, STC 81/2001, FJ 2º.

¹⁴² Respecto a la intimidad corporal el TC sostiene que es el nivel más primario del derecho a la intimidad. Ello implica la existencia de un ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido (STC 37/1989, FJ 7º, así el derecho a la intimidad comienza con el propio cuerpo, en las zonas más íntimas de éste (STC 37/1989, FJ 7º).

¹⁴³ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, ed. 9ª, 2011, p. 395. Para estos autores la lesión a la imagen merece protección penal cuando va acompañada de la intimidad y una protección civil a través LO 1/1982, cuando no hay lesión a la intimidad, en *Comentarios a la Parte Especial*, ed. 7ª, 2008, pp. 413 y 414.

toda vez que los bienes jurídicos protegidos por una y otra norma no son idénticos¹⁴⁴.

En cambio, si se estimase adecuado como valor protegido autónomo la dignidad de la persona considerada como el derecho a no ser tratado como un objeto o cosa, sería subsidiariamente afectada respecto del bien jurídico, intimidad, y en aquellos otros supuestos en los que entrara en conflicto con la indemnidad sexual.

A mayor abundamiento, los criterios mantenidos por el Tribunal Supremo ante estos supuestos son dispares. Así, por un lado, se manifiesta que por regla general el bien jurídico objeto de tutela en el art. 189.1 a) Cp es la indemnidad sexual como así resuelve la STS 796/2007, 1 de octubre (RJ 2007/397). Y de otro, la STS 803/2010 de 30 de septiembre (RJ 2010/644) haciéndose eco del debate doctrinal acerca del objeto tutelado, reconoce que es tanto la indemnidad sexual como la dignidad del menor los bienes jurídicos protegidos cuando se trata de elaborar material pornográfico.

A propósito de las conductas reguladas en el art. 189.1 b) a diferencia de lo que ocurre en la letra a) ya no existe instrumentalización directa de los sujetos pasivos. Es decir, es cierto que en principio son utilizados con fines exhibicionistas o pornográficos o incluso utilizados para elaborar material de carácter pornográfico, pero las conductas que tipifica la letra b) del art. 189. 1 son todas aquellas relacionadas con el tráfico de dicho material y, por ende, no se ocasiona una afectación directa sobre el sujeto pasivo.

Por ello, consideramos que el espíritu de creación de este artículo no es tanto la de proteger el bien jurídico indemnidad sexual, sino más bien la dignidad de los menores y la seguridad de la infancia, coincidiendo de este modo con los criterios mantenidos por FGE en la

¹⁴⁴ Esta es la solución por la que apuesta la FGE en la Consulta 3/2006.

Circular 3/2006, de 29 de noviembre, cuando sostiene que en el apartado b) del art. 189.1 no se protege un bien jurídico personalísimo, sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad como menor –aunque matizando tal afirmación se trata más bien de la dignidad como persona con independencia de que sea menor o no-, sancionando el tráfico de material pornográfico en el que hayan sido utilizados menores y personas con discapacidad. De este modo parece que se intenta evitar que la difusión por Internet del material pornográfico en el que aparecen menores de edad pueda desembocar en el fomento de la realización de conductas de pedofilia. En parecida línea argumental, se expresa la SAP de Madrid 52/2010, de 3 de febrero (RJ 69/2009) que sostiene que «...el art. 189.1 b) Cp protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia...». Por ende, consideramos que en este apartado b) se tipifica un delito que resulta ser pluriofensivo en la medida en que la afectación va destinada a dos bienes jurídicos, la dignidad y seguridad de infancia.

Mención aparte merece lo que parece ser una incongruencia legislativa en lo que a consecuencias jurídicas se refiere en los apartados a) y b) del art.189.1, castigándose con la misma pena la creación de material pornográfico, así como el tráfico del mismo. Esta exacerbada punición parece estar fundamentada en evitar, precisamente, que tales actividades puedan desembocar en el fomento de una difusión a través de la Red del material pedófilo.

CAPÍTULO SEGUNDO.

CONDUCTAS TÍPICAS

I. INTRODUCCIÓN.

El Título VIII, Libro II del Código Penal como es sabido tiene como rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En la aludida rúbrica el término «indemnidad sexual» se incorpora por el legislador con la modificación del Código Penal en 1999 para constituir una tutela reforzada en el ámbito de los delitos sexuales cuando se trate de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección –antes de la reforma de 2015 el término utilizado fue incapaz-. La mencionada tutela reforzada se lleva a efecto tras la inclusión de un mayor contenido de la antijuricidad material, con independencia de las discusiones doctrinales que haya al respecto, en tanto que no sólo se lesiona la indemnidad sexual, sino que, además, se menoscaba la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, con independencia que haya prestado o no su consentimiento. De este modo, el Preámbulo de la LO 5/2010 que modificara el Código Penal de 1995 se refiere a ambos conceptos de forma acumulativa. Y en cuanto a las personas con discapacidad la de evitar que sean utilizados como objetos sexuales. Así, según sostiene nuestro legislador, tales modificaciones devienen de las obligaciones contraídas en el ámbito internacional y europeo, como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, «...a la necesidad de dar una respuesta adecuada en cuanto a su tipificación y la conminación de sus penas a las exigencias de la sociedad nacional e internacional...».

Ahora bien, sin perder nunca de vista el objeto u objetos tutelados en los delitos de pornografía infantil, en el presente capítulo se analizarán pormenorizadamente las conductas típicas, tal y como han quedado configuradas tras la reforma de 2015 del Código penal. Antes de ello, se atenderá al análisis del concepto de pornografía infantil que siendo un elemento común a todos los tipos es imprescindible en la delimitación de las conductas típicas. En efecto, la incorporación del

concepto de pornografía infantil al texto legal tras la modificación del Código Penal operada en 2015, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2011/93/UE, fue en principio bien acogida por la doctrina y la jurisprudencia que demandaban su inclusión. Pues, hasta ese momento la labor de ambas se había centrado, en un vano intento, por interpretar e intentar delimitar el concepto de pornográfico, pero sin llegar a un acuerdo unánime. Es más, tal incorporación fue estimada como respetuosa con el principio de seguridad jurídica, de tal forma que permitía que se dejaran de realizar interpretaciones subjetivistas del concepto, o bien criterios valorativos poco precisos.

Con todo, adelantamos que no todo el contenido determinado en el concepto de pornografía ha sido del agrado de la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, como se observará existen voces críticas que tachan algunas modalidades de pornografía infantil de moralizantes y vulneradoras con el principio de intervención mínima, en concreto, referenciada a la pseudopornografía –art. 189. 1 *in fine* c) y d). Es más, lo que, en puridad, tendría que haber supuesto ciertas ventajas, en realidad se convirtió dada la descripción ofrecida por el legislador en un paso atrás. A saber, en vez de mejorar y facilitar su interpretación lo ha complicado aún más. Tal situación ha llevado a la doctrina a contemplar que su incorporación infringe el principio de legalidad y, en consecuencia, la vulneración del principio de intervención mínima e incluso el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos.

A propósito de las conductas típicas que se analizarán, se realizará un concreto estudio de las figuras típicas incluidas en el tipo básico - art. 189.1 a) y b)-, tipo cualificado –art. 189.2- y, por último, el tipo hiperagravado –art. 189.3-. A este respecto, se indica que los preceptos descritos han sufrido variaciones en su descripción, o bien se han incorporado al texto legal nuevas conductas típicas que se fundamentan, según el legislador, en la tarea de transposición de los

instrumentos normativos como refleja la Exposición de Motivos de LO 1/2015 que modifica el Código Penal.

Dicho esto, en su estudio se observará la difícil técnica legislativa empleada, las discrepancias doctrinales en cuanto a la interpretación de los verbos típicos, que en ocasiones resultan ser confusos y redundantes. Y, todo ello, partiendo de la configuración dispensada como delitos de peligro abstracto, para finalizar con la interpretación de *lege lata* que realizan los Tribunales en la práctica procesal penal.

II. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

1. ANTECEDENTES.

El concepto de pornografía infantil aparece por primera vez, en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York, el 25 de mayo de 2000¹⁴⁵. En el apartado c) de su art. 2 definía la pornografía infantil señalando que *«por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales»*.

Posteriormente, el art. 9.2 del Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest, de 23 de noviembre de 2001, significaba que «a los efectos del anterior apartado 1, la «pornografía infantil» engloba todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita».

¹⁴⁵ Instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 27, de 31 de enero de 2002.

Finalmente, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, acotó la pornografía infantil en su art. 1 b), como *«cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: 1) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o 2) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1); o 3) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso 1i)»*.

La existencia de estas definiciones en la normativa internacional generó que algún sector de la doctrina considerara oportuno que se incluyera una definición de pornografía infantil en nuestro Cp, y en este sentido fue redactado el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Cp de 2008¹⁴⁶ que acabó siendo el germen de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, Informe, por cierto, que no llegó a ser atendido en este extremo.

El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 incluía una definición de pornografía infantil en los siguientes términos:

«A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados incapaces:

¹⁴⁶ De la lectura del concepto de pornografía infantil empleado por la Decisión Marco 20004/68/JAI resultaba que podía ser demasiado restrictivo, pues podía excluir, por ejemplo, los anuncios sobre líneas telefónicas atendidas por menores a pesar de que lo previsto en la Decisión Marco ofrecen pautas de tutela penal «de mínimos». En este sentido, en palabras de CUGAT MAURI, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2010, p. 241, que «...a la vista de la actual literalidad de la ley, de acuerdo con una interpretación restrictiva del tipo, estos supuestos deben quedar excluidos del tipo, dado que el legislador nacional no lo ha incluido».

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o a una persona discapacitada necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada,

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona discapacitada necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales,

c) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales».

Esta definición que parece el resultado de una refundición de las tres definiciones anteriormente aludidas debe su origen a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, el pre legislador español optó por incluir literalmente en el Anteproyecto la definición recogida en la Directiva europea con la única matización de reducir el concepto de pornografía infantil en relación con la denominada «*pornografía infantil virtual*»¹⁴⁷.

En la doctrina penal española el concepto de pornografía infantil se asemejaba en términos parecidos a los desarrollados por el Tribunal Superior Federal de EE.UU.¹⁴⁸ como así aparece en los postulados defendidos por algunos autores y que a continuación se exponen de manera somera.

El primero de los autores en hacerse eco de la significación del concepto de pornografía es Díez Ripollés, para quien tal concepto estaría formado por una vertiente positiva, esto es, la tendencia a la

¹⁴⁷ URIARTE VALIENTE, L.M., *RECEJ*, 2013, p. 5.

¹⁴⁸ En base a la normativa prevista en la Secc. 2256 del Título 18 del Código Federal, concretamente en la subsección 8ª que desde su incorporación en la «Child Pornography Prevention Act» de 1996, se recogía la definición de pornografía infantil. No obstante, dicha normativa ha sufrido distintas modificaciones desde su creación.

representación gráfica, sonora y/o escrita de excitar sexualmente. Y una vertiente negativa, que estribaría en la ausencia de valores estéticos, informáticos o científicos de la pornografía. En sentido similar a este planteamiento, Boldova Pasamar sostiene que un material podrá ser considerado pornográfico si posee «una finalidad objetivada concreta y una suficiente capacidad involucradora»¹⁴⁹.

No obstante, será Orts Berenguer el que partiendo de la doctrina asentada por la Corte Suprema de EE.UU. establece su postulado a partir de la combinación de dos elementos para delimitar el concepto de pornografía: por un lado, un contenido exclusivamente libidinoso, y de otro, la inexistencia de un valor artístico, literario, científico o pedagógico. Aunque rechaza el tercer presupuesto que fijaba el Alto Tribunal estadounidense, a saber, que el material tenga una importante ofensividad, según los criterios de la comunidad en materia de representación de material sexual¹⁵⁰. Este último requisito rechazado por el autor, es decir, el parámetro subjetivo del concepto, nuestro Tribunal Superior sí lo tendría en cuenta, de tal forma que se han dictaminado algunas resoluciones basadas en él. Así, por ejemplo, la STS de 30 de enero, de 1981 señalaba que «la publicación de la revista ha de reputarse de carácter pornográfico, en tanto que los textos como las fotografías que integran su contenido, en su totalidad, carecen de la menor justificación literaria, artística o científica, constituyendo tan sólo la expresión y representación de obscenidades tendentes a la desviada excitación del instinto sexual». La fijación del pudor que puede sentir una persona ha contenido una especie de expresión dentro del

¹⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DIÉZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 2004, pp. 458-463; AP, 2001, pp. 849 y ss.; RP, núm. 38, 2016, p. 51. Compartiendo esta idea, ROJO GARCÍA, J.C., RDPC, núm. 29, 2002, p. 215.

¹⁵⁰ ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 198; ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Abusos sexuales en la infancia*, 2002, pp. 25 y 26.

contexto social y del tiempo en el que se vive y, su importancia en la configuración de pornografía fue reconocida en la STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 1358/2008) en la que se afirma que «...la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con la finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social como impone el artículo 3.1 del Código Civil».

La jurisprudencia del TS definió el adjetivo *pornográfico* en Sentencia de 2 de marzo de 1983, entre otras, significando que se tratan de: «...descripciones literarias o gráficas de actos sexuales... cuya exclusiva finalidad sea el excitar la lascivia de quien los lea o contemple»¹⁵¹. No obstante, no será hasta la Sentencia de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991/755) cuando el TS profundiza en su análisis y asevera que lo pornográfico es «...todo material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes ...»¹⁵². Abundando en ello, la

¹⁵¹ En tal sentido, se manifiestan las SSTs de 9 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6013) al delimitar el contenido pornográfico de unas fotografías y de un texto «sin pretensión literaria alguna, constituyendo, tan sólo, la expresión y representación de obscenidades tendentes a la desviada excitación del instinto sexual, sin otro móvil que el de lucro ...». En términos parecidos también se expresa la de 29 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4295) al definir la literatura pornográfica como «...descripción gráfica o escrita que directamente o por representación y significación que tienda y promueva a excitar la lubricidad de las gentes ...».

¹⁵² Puede admitirse este concepto de la pornografía sin perjuicio de que en esta materia como se apunta en la STS 1553/2000, de 10 de octubre (RJ 2000/9151) las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social como impone el artículo 3.1 del Código Civil. En ella se concreta que «...la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los arts. 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. En efecto, la jurisprudencia ha sido reacia a las descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función

jurisprudencia más reciente comparte tales antecedentes en su integridad. De este modo, la STS 1098/2010, de 13 de diciembre (RJ 2010/7650) acabó por definir el concepto de pornografía como «...aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico, y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social ...». De ella derivó la STS 264/2012, de 3 de abril (RJ 2489/2012) la cual indicó que «...el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo ...»¹⁵³.

Con todo, un sector de la doctrina destacó del concepto de pornografía¹⁵⁴ que éste se había limitado a recabar los presupuestos exigidos por el Tribunal Supremo, que a su vez, seguía la doctrina marcada por el Tribunal Superior de EE.UU.¹⁵⁵, esto es, por un lado, que el material tuviese connotaciones exclusivamente libidinosas y, de otro, la ausencia de significación

de las costumbres y pensamiento social distinto de cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico ...».

¹⁵³ La STS 264/2012, de 3 de abril (RJ 2498/2012) se basa en lo definido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por España por instrumento de 5 de diciembre de 2001 para describir la pornografía infantil como: «...toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales ...».

¹⁵⁴ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, 1995, p. 327.

¹⁵⁵ En EE.UU. la ley describe la pornografía como toda forma de abuso y explotación sexual en la que la imagen de un niño envuelve una conducta sexual explícita y comporta una serie de amenaza para la salud física, mental la seguridad y el bienestar de la infancia.

literaria, artística, científica o educativa¹⁵⁶, como se desprende de las SSTs de 9 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6013) y de 29 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4295).

Así, tal como expone Morillas Fernández, la doctrina mayoritaria exigía en el concepto de pornografía la presencia de los siguientes requisitos: a) que el material controvertido constituya la expresión y representación de groseras obscenidades, tendentes a la excitación del criterio sexual; b) que exceda de los criterios medios aceptados para la sociedad en materia sexual; y c) la obra carezca de la menor justificación literaria, artística o científica¹⁵⁷. De este modo, Díez Ripollés basa su definición de pornografía considerando aquellos requisitos y postulando de esta manera que se trata de «...toda representación que posee una tendencia objetivada a excitar sexualmente y que carece de todo valor literario, artístico, informativo o científico...»¹⁵⁸.

Ahora bien, la definición ofrecida por este autor no estuvo exenta de objeciones por parte de un sector doctrinal que manifestó, que si tal concepto quedaba determinado de ese modo no sería necesario proceder a averiguar la intención que

¹⁵⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, t. IV, 1999, p. 670, destaca respecto de este último criterio que con independencia de su importancia se ha de tener presente la dificultad que se plantea en cuanto a su determinación, habida cuenta de las polémicas que siempre han existido sobre el concepto de arte.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, p. 2257. En parecidos términos ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 198; MORALES PARTS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código*, t. I, 3ª ed., 2004, p. 981; ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), ROIX REIG, J., *Derecho Penal, Parte especial*, 2004, p. 280; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 243.

¹⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas*, 1982, pp. 278 y ss.; *La protección de la libertad sexual*, 1985, pp. 147 y ss.

perseguía el autor al realizar dicha representación¹⁵⁹. Pero si tuviésemos tal hipótesis como cierta, se estaría admitiendo la existencia de un elevado grado de subjetividad a la hora de determinar cuándo cabe apreciar excitación sexual y cuándo no. Pues, si se aprecia «la tendencia sexual objetivada» a la hora de identificar tal representación, no tendría la misma consideración la fotografía tomada por el padre mientras baña a su menor hijo desnudo y que posteriormente entrega como recuerdo a un familiar que la utiliza posteriormente con fines pedófilos, de aquella otra en la que se hace posar a un menor con el propósito de crear un material pornográfico infantil para entregar a terceros. En efecto, el primer caso sería atípico pues no reúne tendencia pornográfica en la modalidad referente a la elaboración de material pornográfico mientras que el segundo supuesto si revelaría tal naturaleza¹⁶⁰.

A propósito del concepto de *material pornográfico* como tal¹⁶¹, hubo autores que lo relacionaban con cualquier objeto que sirviese de

¹⁵⁹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, t. IV, 1999, p. 670.

¹⁶⁰ Sin perjuicio, de considerar que el tráfico posterior de dicho material pornográfico constituiría un delito de tráfico de material pornográfico, art. 189.1 b).

Por otro lado, no fue este el único intento de la doctrina de acotar un concepto de pornografía para delimitar la aplicación del art. 189 Cp. Así, por ejemplo, para GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, p. 356, la pornografía fue definida como «...aquellos instrumentos, representaciones o manifestaciones escritas, gráficas, plásticas, visuales o sonoras que no persiguen otro fin que el de excitar sexualmente a quienes las utilizan, sirviéndose para ello, como argumento prácticamente exclusivo, de la exposición de las más variadas formas de expresión de la sexualidad ...»; o FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *BFDUNED*, 2002, p. 262, quien ha pretendido conceptualizar éste término dentro de un contexto concreto, «...siempre y cuando los hechos representen sexo real o fingido».

¹⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *DJ*, 1983, p. 540, estima que debe sustituirse el término «material» por el de «representación», como objeto pornográfico que tiene la función de expresar la realidad de un modo sustitutivo o bien de expresar una realidad imaginada.

soporte a toda producción pornográfica, ya fuese escrito, sonoro, gráfico, cinematográfico, videográfico, informático, etc.¹⁶². Otros, sin embargo, destacaron que no sólo las obras escritas, cinematográficas, gráficas, podían ser abarcadas por el art. 189.1 Cp, puesto que la norma englobaba en su tipicidad a todo objeto que pudiese servir de soporte a una representación pornográfica, sin importar la apariencia que adoptase aquel¹⁶³, ejemplificando, el caso de fotografías, revistas, cinta de video, CD-ROM, DVD, etc.¹⁶⁴ o incluso programas informáticos¹⁶⁵.

Asimismo, respecto del sustantivo «*material*» algunas voces afirmaron que éste podía distorsionar el propio concepto de pornografía¹⁶⁶, puesto que tal concepto permitía presumir la inclusión de toda clase de objetos como, por ejemplo, preservativos de fantasía, consoladores, muñecas hinchables, etc. que van mucho más allá de la mera representación gráfica, escrita o videográfica de actos que sean proclives de excitar o satisfacer los instintos libidinosos y que deberían quedar exentos del ámbito del precepto, puesto que de lo que se trata no es de

¹⁶² Es el caso de CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal*, 2004, p. 285.

¹⁶³ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 132.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, p. 356.

¹⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas*, 1982, p. 507.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, p. 356, incluye dentro de la descripción de objetos integrantes del material pornográfico «...todos los elementos o instrumentos de esa naturaleza, cualquiera que sea el soporte en el que se encuentren o manifiesten: libros, revistas, utensilios, programas informáticos, etc. En todo caso, se requiere una inequívoca significación pornográfica, por lo que no deben incluirse los elementos que sólo adquieren ese sentido dentro de un determinado contexto (por ejemplo, prendas de vestir y ciertos instrumentos) ...».

proteger el mero tráfico, sino la protección de determinadas personas¹⁶⁷.

De suerte que, hasta que no se produjo la reforma de 2015 del Cp que propició la delimitación del concepto de pornografía infantil, la situación hasta ese momento fue que los criterios jurídico-doctrinales utilizados para calificar un determinado material como pornografía se basaban en una serie de parámetros subjetivos que eran susceptibles de modificación en el tiempo. En atención a esto último es por lo que los requisitos que se exigían para considerar un material como pornográfico se determinaban por las condiciones del lugar, persona. Además, había de observarse lo que se denominó la «moral sexual dominante» y que fue el criterio principal en los años 60, 70 y 80 en la legislación penal de nuestro país para configurar los tipos penales en materia sexual y que se pretendía erradicar del art. 189 Cp como afirmaban algunos autores¹⁶⁸.

En idéntica dirección se pronunció un sector doctrinal que destacaba la aplicación del presupuesto de la aceptación social fundamentada en prejuicios morales y que apenas añadían nada nuevo a los parámetros de valoración artísticos o literarios que ya se apoyan en modelos estándares de tipo sociocultural¹⁶⁹. Del mismo modo, también se aludía a la terminología «moral sexual social»¹⁷⁰ para hacer referencia a determinadas pautas morales de tipo convencional que

¹⁶⁷ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código*, t. I, 3ª ed., 2004, p. 967.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, p. 2255.

¹⁶⁹ MORALES PRATS, F., /GARCÍA ALBERO, R., en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código*, t. I, 3ª ed., 2004, p. 982.

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., 2013, pp. 210 y 211. Definida por el autor como «aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas».

conceptualizaban el adjetivo pornográfico, por lo que se complicaba la interpretación de tal concepto si no se tenían presentes los criterios culturales o sociales envueltos de contenidos morales¹⁷¹. Así, las objeciones que se alegaban fueron en la dirección de señalar que era inadecuado que el Derecho penal incriminara las conductas típicas descritas en las de los arts. 186 y 189 del Código Penal¹⁷² en atención a criterios sociales morales. No obstante, a pesar de los postulados manifestados, la jurisprudencia se desmarcaría de aquéllos implementando sus propios parámetros ante este asunto. Así se observa en la STS 1553/2000 de 10 de octubre (RJ 7235/2000)¹⁷³ que las normas deben interpretarse conforme a la realidad social, tal y como dispone el artículo 3.1 del C.c.¹⁷⁴.

Pese a lo manifestado, es evidente que el Derecho penal debe responder a lo que la sociedad demanda en cada momento sin perder de vista el principio de intervención mínima o de necesidad. Y en este sentido, por aquel entonces la sociedad demandaba sancionar todas aquellas conductas en las que los menores fueran objeto de agravio. En especial, en lo referente a materia sexual y específicamente a la pornografía infantil, criminalizando todas aquellas conductas en la que apareciese representado un menor desnudo, semidesnudo o en actitud

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., 2013, p. 234.

¹⁷² Los artículos señalados hacen referencia a su regulación por LO 11/1999, de 30 de abril.

¹⁷³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo asume como presupuesto «...la exigencia de que el material desborde todos los límites de lo estético, lo erótico y lo ético ...» en STS 51/2008 de 6 de febrero (RJ 605/2008) o que «...ostente una inequívoca y objetiva finalidad de provocación sexual ...» en STS 1553/2000 de 10 de octubre (RJ 7235/2000).

¹⁷⁴ El artículo 3.1 del Cc. señala que: «las normas se interpretarán según el sentido de sus propias palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

provocativa, lo que implicaba equiparar los términos de erotismo y pornografía. En efecto, no faltaron autores que postularon que el mero hecho de exhibir el cuerpo total o parcialmente desnudo, en reposo o en movimiento podría resultar incómodo o incluso vulgar, pero de ningún modo podía constituir una conducta punible¹⁷⁵. A este respecto, Boldova Pasamar aseveró que no bastaba con la calificación como pornográfico un simple desnudo, que para tal calificación se requería ir acompañado además de una conducta sexualmente explícita¹⁷⁶. En términos parecidos, se expresó la STS 1342/2003, de 20 de octubre (RJ 2003/7509) afirmando que «...la imagen de un desnudo (sea menor o adulto, varón o mujer) no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse ...».

Al objeto de lo anteriormente expuesto, la distinción entre los conceptos de pornografía y de erotismo estuvo presente en todo momento por la doctrina mayoritaria, sin perjuicio de que un sector minoritario de ésta mediare en la defensa de otros planteamientos distintos¹⁷⁷. De este modo la protección penal del menor y de las personas con discapacitadas ha estado limitada a una interpretación jurídico-doctrinal más o menos acertada del concepto de pornografía desde su incorporación al Cp del 95 hasta que la reforma de 2015 del Cp lo incorpora definitivamente. Es decir, la delimitación que se

¹⁷⁵ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, 6ª ed., 2010, p. 137.

¹⁷⁶ BOLDOBA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 531.

¹⁷⁷ Para MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1203. Asevera que el método valorativo que se propuso trajo consigo abandonar los tradicionales criterios descriptivos y, a su vez, servirían para delimitar los conceptos de pornografía del erotismo.

realizaba de tal concepto iba referida a lo estrictamente pornográfico desechando lo erótico, dejando a este último término sólo para aquellas conductas típicas relacionadas con el delito de corrupción de menores¹⁷⁸. Para fundamentar ambas figuras delictivas, esto es, la pornografía infantil y la corrupción de menores se postulaba que ambas tenían distinta afectación sobre el sujeto pasivo. En efecto, la primera genera un daño mayor en el menor o persona con discapacidad al no ceñirse únicamente a la mera acción erótica -por ejemplo, con la contemplación de la víctima desnuda o semidesnuda-, sino que va acompañada del requisito de la conducta sexual explícita. Esta distinción resulta necesaria según algunas voces, puesto que arguyan que no se puede configurar como material pornográfico cualquier material que posea carácter sexual¹⁷⁹. En este sentido se manifestó la STS 483/1997, de 10 de abril (RJ 1997/2769) «...la línea divisoria entre lo simplemente erótico y lo verdaderamente pornográfico es muy difícil de concretar al ser ambos conceptos de naturaleza muy relativa y dependientes...». Aunque, por otro lado, también se afirmaba que el criterio de la conducta sexual explícita sí reunía los parámetros suficientes para distinguir entre ambos¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Hay que significar a este respecto que la denominación de *corrupción de menores* resultó para algunos autores antigua y con tintes moralizantes. Por otro lado, la doctrina no sostuvo un criterio unánime en cuanto a la conveniencia normativa de criminalizar las conductas relativas a la corrupción de menores. Prueba de ello es que tal precepto estuvo apareciendo y desapareciendo del texto legal en las distintas reformas que se realizaron desde 1999 hasta 2010. En la reforma operada por LO 1/2015 sólo se menciona en el apartado sexto del art. 189, debiéndose comprender por tal conducta como que la explotación o utilización sexual de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección a estos efectos les puede corromper o pervertir, afectando a su normal desarrollo o formación perjudicando su evolución o el desarrollo de su personalidad.

¹⁷⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *CPC*, 1989, p. 54.

¹⁸⁰ En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 247.

Por último, significar que la delimitación de los conceptos de pornografía y de erotismo trajeron consigo diversas discrepancias entre doctrina y jurisprudencia hasta que finalmente se produjo la introducción del concepto de pornografía infantil al texto legal con la reforma de 2015 del Cp, como se ha señalado anteriormente. En concreto, caben mencionar las afirmaciones ofrecidas por algunos autores que advertían de la posibilidad de acabar considerando como pornográfico el acto sexual o unas caricias entre dos personas por el mero hecho de haberlas recogido en un dispositivo. De tal manera, que una relación sexual mantenida en la intimidad por dos personas - adultas o menores de edad- si las imágenes resultaban subrepticamente captada por un tercero que luego las distribuye, podría dar lugar a la elaboración de un material que podría ser susceptible de ser considerado como pornográfico¹⁸¹.

En suma, con los criterios señalados en la definición del concepto de material pornográfico la mayoría de la doctrina llegó a la conclusión de que cada situación debía ser calificada individualmente. A saber, si el material contenía una conducta sexual entre un adulto y un menor, esas imágenes debían ser valoradas como pornográficas, pudiendo incardinarse la conducta realizada por el sujeto que las graba dentro del ámbito del art. 189.1 del Código Penal¹⁸² o bien del art. 197.6 -

La STS 483/1997, de 10 de abril (RJ 1997/2769), recoge el mismo planteamiento afirmando que «...la línea divisoria entre lo simplemente erótico y lo verdaderamente pornográfico es muy difícil de concretar al ser ambos conceptos de naturaleza muy relativa y dependientes...», sin embargo, el criterio de la conducta sexual explícita sí reunía los parámetros suficientes para distinguir entre ambos.

¹⁸¹ Así lo afirma ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 132.

¹⁸² El Auto de AP de Valencia 43/2002, de 6 de febrero (JUR 2002/113061) desestima un recurso de queja interpuesto por la representación procesal del acusado. Los hechos típicos descritos se enmarcan en los arts. 189.1 y 3 y se describe como el acusado grabó la relación sexual consentida con la víctima desarrollando todo tipo

actualmente art. 197.5- si la naturaleza de la grabación fuese subrepticia. Pero si por el contrario, tales imágenes reflejaban únicamente unas caricias entre ambos en parámetros opuestos a lo definido como conducta sexual explícita, tal hecho no reuniría el carácter de pornográfico sino de erótico y, por tanto, tal acción no sería merecedora de ser incriminada conforme al art. 189.1 Cp¹⁸³. En términos muy parecidos, Fernández Teruelo aseveró que frecuentemente los materiales que se intercambian en la Red son fotografías de menores desnudos, cuyos sujetos, sin embargo, no tienen por qué aparecer realizando actos o gestos obscenos con una connotación sexual. Así que partiendo de este supuesto, concluía este autor que si bien el artículo se refería a «material pornográfico» y, en principio, lo pornográfico implica la realización de actos de carácter sexual, no cabía interpretar la conducta como típica al faltar un elemento del tipo objetivo, esto es, la cualidad de «pornográfico»¹⁸⁴.

En este sentido, si bien es cierto que en esencia no es descabellada la idea que expresó este autor, no es menos cierto que discrepamos en parte con su contenido, puesto que, en nuestra opinión y coincidiendo con la expresada ya por otros autores, sí cabe calificar como pornográfico un mero desnudo o semi-desnudo de un menor o persona con discapacidad,

de actos sexuales (penetraciones anales y vaginales, felaciones, utilización de vibradores, etc.) quedando la grabación en poder del adulto, posibilitando que pudiera utilizarla posteriormente para hacerla llegar a terceros, sin control alguno de la víctima.

¹⁸³ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 132. Ciñen su ejemplo en atención al art. 186 Cp. No obstante, para estos autores tal hecho es irrelevante respecto de la naturaleza del material, pues se aprecia el carácter pornográfico del mismo cuando se desarrolle de forma tácita el acto sexual, y erótico a partir del momento en que no se supere la frontera establecida entre los dos conceptos referentes a la conducta sexual explícita.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *BFDUNED*, 2002, p. 262.

teniendo presente el criterio de la conducta sexual explícita, si se exhiben los genitales de una manera lasciva, esto es, la manifestación de las partes íntimas de la víctima que está orientada a satisfacer el placer sexual de un adulto¹⁸⁵.

2. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL SEGÚN LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.

Una vez que prosperó la reforma del Código Penal en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, siguiendo a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo, el legislador consiguió definitivamente delimitar el concepto de pornografía a través de su incorporación en el texto legal. En principio si bien es cierto que podría pensarse que tal inclusión supuso dar seguridad jurídica, pues su regulación permitiría incrementar la objetividad del concepto respetándose de este modo el principio de seguridad jurídica del Derecho penal con lo que se evitaba la realización de interpretaciones subjetivistas o al menos que fueran sometidas a criterios valorativos poco precisos, no es menos cierto que en el fondo tales expectativas han resultado fallidas en cierto modo - como tendremos oportunidad de exponer en este apartado-.

¹⁸⁵ Si la acción no es calificada como pornográfica sino erótica será de aplicación el tipo correspondiente. En este caso el de corrupción de menores. Aunque, las SSTs de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7650) y de 3 de abril de 2012 (RJ 2012/5596) incluyen entre la pornografía:

- La masturbación aun cuando no comprenda relación sexual con otra persona, en el ámbito de los menores cuyo desarrollo esté aún en progreso es indubitado como material pornográfico, como así afirma la STS 796/2007, de 1 de octubre de 2007 (RJ 6601/2007).
- Zoofilia.
- Prácticas sadomasoquistas.
- Cualquier modalidad de acceso carnal conforme a la STS 1098/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650) en relación con las tres prácticas citadas.

Excluyéndose del concepto de material pornográfico, por su incapacidad objetiva para considerarse material pornográfico: el mero desnudo de un hombre o mujer sea menor o adulto según la STS 1098/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650).

Así, conforme al inciso final del art. 189.1 Cp se ofrece una definición de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El término incluye la expresión de *pornografía infantil*, refiriéndose tanto a la pornografía en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años como englobando la pornografía juvenil. Asimismo, se amplía el ámbito de lo pornográfico en relación con los sujetos con discapacidad necesitados de una especial protección.

Pues bien, el mencionado precepto presenta cuatro supuestos distintos con la pretensión de abarcar las distintas modalidades de pornografía o material pornográfico que se presentan en la realidad criminológica, es decir, la pornografía real y simulada expresa, virtual y técnica –pseudopornografía-. De este modo, las letras a) y b) están referidas tanto a menores de edad como a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En cambio, las letras c) y d) sólo están circunscritas para los menores de edad. De suerte que el concepto de pornografía infantil queda descrito para todo el Título VIII de la siguiente forma:

«a) Todo material que represente de manera visual a un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un

menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícitas o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales»¹⁸⁶.

A propósito de la acogida que tuvo la inclusión del concepto en la doctrina. Ésta ha resultado ser del todo negativa y de la que se han expresado distintas objeciones. En efecto, Gómez Tomillo manifiesta que su inclusión no ha supuesto que dejen de existir vacíos sin cubrir¹⁸⁷. Por su parte, Orts Berenguer considera que, tal y como han sido tipificadas las conductas del art. 189.1 *in fine* Cp en ellas aparecen connotaciones moralizantes, las cuales han servido de base para su desarrollo y, además, se prescinde de un bien jurídico protegido¹⁸⁸. Al igual que éste, Morales Prats/García Albero arguyen en relación a algunas modalidades de pornografía infantil, que con ellas se ha producido la quiebra del principio de intervención mínima respecto de la protección de los bienes jurídicos y, consecuentemente, se produzca la tutela de contenidos moralizantes en el ámbito del Derecho penal¹⁸⁹. Y por último, Morillas Fernández que en un principio había defendido la necesidad de que se dispusiese una definición legal de pornografía infantil, esgrime tras su inclusión, que la actuación del legislador de

¹⁸⁶ Con la nueva redacción ofrecida por la reforma de 2015 se ha excluido «la utilización de la voz» que antes de esta reforma se recogía en el apartado 7 del art. 189 Cp.

¹⁸⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios Prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 591.

¹⁸⁸ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, pp. 650 y ss.

¹⁸⁹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 1385; LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos. La parte Especial*, 3ª ed., 2015, p. 213, defiende esta idea sobre todo en relación con las letras c) y d) del art. 189.1 y abunda en la afirmación de que las definiciones dadas son incompatibles con el bien jurídico protegido.

2015 ha supuesto un paso atrás en la lucha contra la pornografía infantil, toda vez que al realizar la transposición de la Directiva europea se ha limitado a pegar el contenido de la misma y ha incorporado definiciones redundantes de las que subyacen dificultades de identificación¹⁹⁰.

Con todo, *a priori*, podría concluirse que la incorporación del concepto legal de pornografía infantil tendría que haber supuesto ventajas en aras del principio de legalidad, sin embargo, el modo en el que el legislador ha fijado la descripción de tal concepto ha generado y puesto de manifiesto las discrepancias que existente en torno a su interpretación por parte de la doctrina, como expondremos a continuación.

2.1. Material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

En primer lugar, cuando la letra a) del inciso final del art 189.1 Cp se refiere a «*material que represente a un menor...*» la alusión genérica a «*material*» pretende incluir toda la variedad de objetos que

¹⁹⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios sobre el Código*, 2015, p. 476. Para SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., 2016, p. 286, el problema del concepto de pornografía y lo que se ha de entender por pornográfico no se ha resuelto con la reforma de 2015 del Cp, aunque reconoce que ésta última reforma del Cp ha permitido introducir un concepto auténtico de pornografía infantil derivado de la Directiva 2011/92/UE. No obstante, para este autor el concepto de pornografía o pornográfico que se utiliza en el art. 189 Cp debe ponerse en relación con el concepto que tradicionalmente se ha utilizado en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Asimismo, asevera que la introducción de tal concepto en realidad ha provocado más confusión que ventajas, pues recoge supuestos que están alejados de la afección del bien jurídico protegido como así ocurre en las letras c) y d), afirmando que hubiera bastado con incluir los dos primeros supuestos para definir tal concepto.

representen a personas tales como fotografías, vídeos, películas, etc. o incluso cualquier dispositivo¹⁹¹.

El sustantivo «*representación*» y el verbo «*representar*» pueden en principio originar cierta confusión dada la falta de precisión y su significado ambivalente. Así, un sector de la doctrina intentando interpretar su significado ha manifestado que sólo pueden estimarse incluidos en este apartado los sujetos pasivos, menores de edad reales¹⁹², habida cuenta que según disertan, el legislador cuando quiere introducir dentro de la definición de pornografía infantil «materiales» en los que no estén involucrados menores reales lo establece de forma expresa como ocurre en los casos de pornografía virtual y técnica.

El sujeto representado en el material ha de ser *menor*, comprendiendo a toda persona menor de dieciocho años que exista realmente en el momento de realizarse el material pornográfico, esto es, que esté identificado. En cuanto al término menor el Código Penal español no diferencia entre niños y jóvenes como, sin embargo, sí se aprecia en el alemán. No obstante, el propio art. 189 Cp diferencia entre las consecuencias jurídicas de realizarse la conducta típica sobre un infante respecto de cuando es un adolescente. En efecto, el legislador imputa una mayor carga de antijuricidad material derivada de la corta edad del menor, distinguiendo entre menores con o sin consentimiento sexual, es decir, dieciséis años, como así aparece en el tipo agravado del art. 189.2 a). Consecuencia de ello es que la pena sea mayor si el menor utilizado en la realización del material pornográfico es menor de dicha edad de consentimiento sexual -dieciséis años-. Sin embargo, según la doctrina del Tribunal Supremo dicha agravación sólo sería

¹⁹¹ Quedarían excluidos los objetos que sí encajan en material pornográfico del delito del art. 186 Cp, en tanto no constituyan la representación visual de un menor real, es decir, participando en una conducta sexualmente explícita. De la misma opinión, QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial*, 2016, p. 153.

¹⁹² BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 52.

aplicable a la utilización directa de un menor real y, por tanto, únicamente al tipo previsto en art. 189.1 a) Cp, y no a los de la letra b) como tampoco respecto del delito de posesión para uso propio del art. 189.5 Cp¹⁹³.

En segundo lugar, se observa que el legislador asume la normativa de ámbito europeo, concretamente, en lo que respecta al art. 2 c) de la Directiva europea 2011/92/UE que define el concepto de pornografía infantil, en donde se exige que el material sea «visual» y descartando la posibilidad de que se entienda punible la elaboración del material que sea exclusivamente de audio o escrito¹⁹⁴, aunque hay que señalar que antes de la reforma operada en 2015 el material de audio se consideraba comprendido dentro del antiguo art. 189.7 Cp. No obstante, tras su eliminación en la última modificación del Cp se comprende que el material sonoro por sí sólo no está incluido en el concepto de pornografía infantil¹⁹⁵, aunque ello no es óbice para que aparezca relacionado a películas, videos, etc., formando de este modo un conjunto.

A propósito de las referidas exclusiones, éstas han sido bien acogidas por la mayoría de la doctrina, sin embargo, hay algunas voces que sugieren la inclusión de *lege ferenda* de escritos y relatos de contenido pedófilo¹⁹⁶. Tales sugerencias la fundamentan en el razonamiento de que con la literatura pedófila puede estimularse la

¹⁹³ SSTs 674/2009, de 20 de mayo (RJ 2009/3208); 795/2009, de 28 de mayo (RJ 2009/4200); 592/2009, de 5 de junio (RJ 2009/4210); 1110/2009, de 16 de noviembre (RJ 2010/177); 107/2010, de 16 de febrero (RJ 2010/559); 340/2010, de 16 de abril (RJ 162341); 674/2010 de 5 de julio (RJ 2010/7193); 1299/2011, de 17 de noviembre (RJ 2012/1540); 12/2015, de 20 de enero (RJ 2015/131).

¹⁹⁴ GARCÍA NOGUERA, N., *RIDP*, núm. 19, 2014, p. 104.

¹⁹⁵ Así se recoge en la Circular 2/2015 de la FGE, de 20 de junio, p. 4.

¹⁹⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Bien jurídico protegido*, <https://www.fiscal.es/ponencia%20Jose/%20Miguel%20la%20Rosa%20Cortina.pdf> visitado última vez 28 de agosto de 2017, p. 30.

fantasía sexual de la persona y puede desembocar en abusos de menores reales¹⁹⁷, al igual que puede ocurrir con las imágenes. En nuestra opinión y de acuerdo con lo ya manifestado por Boldova Pasamar, incluir materiales escritos más allá de los visuales no es apropiado, en tanto en cuanto en estos materiales, ya sea literatura o cómic, no se utiliza a un menor realmente para su elaboración ni existe posibilidad de confusión con un menor real, por lo que su introducción en la definición de pornografía infantil sólo estaría justificada en la medida en que con tales materiales se fomentaría la pedofilia¹⁹⁸. Además, piénsese, que por más que se elaborase literatura de este tipo no existirían víctimas –es ficción–, por lo que su hipotética incriminación se basaría en consideraciones moralizantes que conllevaría a su vez, la merma del principio de libertad de expresión. En cambio, sería una cuestión distinta el hecho de que se incorporaran escritos al pie de una fotografía que sirvan, por ejemplo, para determinar la finalidad sexual y el carácter pornográfico del material. En efecto, así lo manifiesta la STS 497/2015, de 24 de julio (RJ 2015/3708) haciendo referencia a las modalidades de las letras b) y d) del inciso final del art. 189.1 Cp.

En tercer lugar, en la definición que dispensa el legislador se indica que el menor tiene que «participar». A este respecto, Boldova Pasamar esgrime que la pretensión perseguida con tal acción es que el menor no aparezca sólo en la conducta sexual, excluyéndose, por tanto, la conducta típica del supuesto en el que el menor se encuentra masturbándose y que no se aprecie visualmente sus genitales. Pero, a nuestro juicio, tal planteamiento no impide que se considere una

¹⁹⁷ CABRERA MARTÍN, M., Jornadas sobre Derecho de los menores, 2003, p. 404; MATA MARTÍN, Delincuencia informática y Derecho Penal, 2001, p. 115.

¹⁹⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A., RP, núm. 38, 2016, p. 54.

conducta sexual¹⁹⁹. En efecto, esta afirmación es adecuada si tiene en cuenta la literalidad de la ley, sin embargo, ello no es obligatorio. Así que, aunque se excluyese la aplicación de la letra a) en el supuesto anteriormente señalado del menor masturbándose sólo y sin la presencia de terceras personas, tal conducta podría quedar subsumida en la letra b) de dicho párrafo. Ahora bien, distinto a este supuesto, sería que el menor no mostrase los órganos genitales, pues en tal caso no se podría reputar como pornografía infantil, sino más bien en una conducta constitutiva de un delito contra la intimidad del art. 197 Cp.

En parecidos términos, otros autores afirman que si bien es cierto que la letra a) hace referencia a montajes fotográficos porque el artículo trata sobre «*material*», que «*representa*» a un menor, «*participando*», pero no resuelve el supuesto hipotético en el que aparezca una parte del cuerpo del menor, por ejemplo, la mano de éste sobrepuesta al cuerpo del adulto, cuestionándose de este modo si ello es suficiente para incluirlo en la conducta típica²⁰⁰. Pues bien, sobre esta cuestión otras voces refieren, y no faltándoles razón, que no se trata de una conducta sexualmente explícita «del», «sobre» o «con el menor» como señala la letra a), ni tampoco se muestran los genitales del menor como refiere la letra b), por ello expresan que tal supuesto planteado no incurría en una conducta de pornografía infantil²⁰¹.

Y, en cuarto lugar, este precepto contempla la expresión «*conducta sexualmente explícita, real o simulada*». Sobre este asunto, Orts Berenguer manifiesta que dado la diversidad de variantes de conductas sexuales existentes, no está claro que la práctica de todas ellas puedan

¹⁹⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 54.

²⁰⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 592.

²⁰¹ GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO M., (dir.), *Comentarios prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 592.

ser incluidas dentro del concepto de pornografía infantil²⁰². Para defender tal postulado se basa en los actos placenteros que se recogen entre las parafilias del DSM-5 y que pueden no generar perturbación en el menor. No anda equivocado este autor cuando afirma que a la conducta sexual se le ha de exigir un plus que pueda ocasionar en el sujeto intranquilidad, malestar, «desasosiego» y, por ende, capacidad de afectación al bien jurídico protegido²⁰³, que no recoge la definición legal y que permitiría limitar el concepto de pornográfico. Aunque en aras de la verdad, tal exigencia es de difícil y subjetiva demostración, sobre todo en relación con los jóvenes, adolescentes que se encuentran en esa fase de crecimiento, por lo que surgen ciertas dudas sobre si les ocasiona malestar o intranquilidad una conducta sexual.

Otra de las objeciones planteadas por la doctrina respecto a la «conducta sexualmente explícita» es que tal expresión no puede abarcar cualquier acción sexual, por ejemplo, un beso, sino que, más bien, dado el carácter explícito que tiene que presentar el comportamiento sexual para poder ser considerado como pornográfico, esta conducta sexual ha de resultar apta para que involucre al espectador en un contexto sexual. Así que para estos autores tal cuestión se hubiese solucionado si el legislador hubiese delimitado el contenido y dimensión de la pornografía infantil, a través de una definición expresa de conductas o actividades sexuales explícitas²⁰⁴.

²⁰² En este sentido, ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 655.

²⁰³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 54. Para este autor tampoco se trataría de una conducta constitutiva de un delito de pornografía infantil el supuesto de la conducta sexual de tercero «ante» un menor que se limita a observar o estar presente, pues no hay participación directa de aquél.

²⁰⁴ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 655; ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.) *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 257.

La circunstancia referida a que la conducta sexualmente explícita sea «*real o simulada*». Esto es, que el hecho sea verdadero o que constituya una ficción parece ser irrelevante para la doctrina²⁰⁵, puesto que según afirman, tal hecho no es un requisito más en el comportamiento sexualmente explícito que debe aparecer representado, sino que más bien, con tal precisión se pretende eliminar cualquier duda sobre si el acto ha de responder o no a la realidad. En efecto, la doctrina ha considerado que la participación en una conducta simulada ya viene referenciada en la letra d) del inciso final del art. 189.1 Cp cuando se hace mención a las imágenes realistas, por lo que comporta una reiteración, habida cuenta que el legislador ya menciona dichas imágenes en los supuestos de simulación²⁰⁶. En definitiva, puede afirmarse que la circunstancia de si el comportamiento sexual representado es real o no, es irrelevante en todos los supuestos del art. 189 Cp.

De otra parte, la conducta sexualmente explícita, real o simulada, no tiene porqué consistir en la representación de la imagen de un abuso sexual a un menor, idea que por otra parte para algunos autores, suele en muchas ocasiones relacionarse con la pornografía infantil, incluso, se llega a identificar con tal concepto²⁰⁷. Pero lo cierto es que no toda

²⁰⁵ No existe polémica alguna en la doctrina sobre este respecto, sólo se discrepado en lo referente a la simulación del sujeto pasivo y no sobre la conducta sexual. Sin embargo, ESCUDERO GARCÍA-CALDERON, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 454, expresa que con esta fórmula se cierra el debate surgido en torno a la calificación que merecen los casos de utilización de menores o personas con discapacitadas en la realización de actos sexuales simulados, esto es, conductas sexuales fingidas que realmente no tienen lugar.

²⁰⁶ ESCUDERO GARCÍA-CALDERON, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 453.

²⁰⁷ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 1381, señalan que la legitimidad en la lucha contra la pornografía infantil no se discutía cuando de menores reales se trataba; de esta forma, la idea de abuso del menor derivaría directamente del hecho de representar a menores en conductas sexualmente explícitas, (esto es, de

representación de una conducta sexualmente explícita de un menor significa la realización de un abuso. Ello será así, si el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y, no en todos los supuestos. Ejemplificando, el hipotético supuesto en el que el menor voluntariamente se haya filmado a si mismo con su teléfono móvil masturbándose. Tal vídeo constituiría pornografía infantil, aunque el menor no haya sufrido abuso alguno²⁰⁸. Pero si por el contrario, el sujeto pasivo no existe - como ocurre en los supuestos de las letras c) y d- no concurre un abuso como delito, aunque se haya representado un abuso sexual sobre un menor inexistente.

A mayor abundamiento, el legislador no ha dado respuesta a los supuestos de pornografía elaborada por menores para uso propio privado, especialmente, si hablamos de aquellos menores que han alcanzado la edad de consentimiento sexual. Así, el art. 183 quater Cp se ocupa del consentimiento libre del menor y, sin embargo, este

por si la pornografía de menores constituiría un abuso sexual), sin que ello supusiera un plus adicional. En otras palabras, que la representación sexual del menor constituyera a su vez un delito sexual (abuso o agresión sexual).

En términos muy parecidos se manifiesta el III Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y de la adolescencia (2010-2013) del Observatorio de la infancia, al indicar expresamente que «la llamada *pornografía infantil* es la evidencia empírica del abuso sexual cometido sobre niños, niñas y adolescentes, y, por tanto, la producción, tenencia de dicho material siempre presupone un acto criminal abusivo, humillante, y degradante cometido sobre la infancia y adolescencia», p. 17.

²⁰⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, nota a pie núm. 64, p. 55, afirma que una cuestión distinta es si la tenencia por el propio titular constituye posesión para el propio uso de pornografía infantil punible, algo que resultaría disfuncional. Para este autor tal postulado habría de negarse si se atiende a la protección de bienes jurídicos individuales. Sin embargo, no está tan clara dicha respuesta si establecemos como bien jurídico de referencia de la conducta de posesión a los bienes jurídicos colectivos, como la doctrina suele hacer. Un ejemplo de ello es el caso juzgado en Carolina del Norte -Caso Cormega Copening- donde un menor de 17 años fue procesado como adulto con cargos federales siendo condenado por explotación sexual de un menor, como consecuencia de la posesión de fotografías de él mismo desnudo en su propio móvil. El menor tuvo que llegar a un acuerdo con la Fiscalía, aceptando los cargos y penas menores para evitar entrar en prisión y ser registrado como delincuente sexual.

precepto no da cobertura legal al Capítulo V en el que se encuentra el art. 189 Cp.

Es más, como tampoco se ha contemplado la previsión recogida en el art. 8.3 de la Directiva 2011/92/UE, sobre la exención de responsabilidad penal cuando se trate de supuestos de producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que han alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de éstos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas que participan en él, siempre y cuando estos actos no impliquen un abuso. A este respecto, en nuestra opinión, y de acuerdo con lo señalado por Caruso Fontán, no hay lógica alguna en la idea de que un menor pueda consentir válidamente tener relaciones sexuales a partir de los dieciséis años y, sin embargo, no pueda consentir en formar parte de un material pornográfico para su uso privado²⁰⁹.

2.2. Representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.

La letra b) del art. 189.1 *in fine* establece que también se considera pornografía infantil el desnudo de un menor o persona con discapacidad cuando queden representados sus órganos sexuales con fines principalmente sexuales. La diferencia entre este precepto con respecto del contenido en la letra a) del mismo inciso es que no hay una representación de una conducta sexualmente explícita, sino únicamente los órganos sexuales del menor representado. Por ende, si estos órganos sexuales son fotografiados o filmados y no existe una actividad sexual subyacente constituiría *a priori* ante un desnudo que nuestra jurisprudencia y de acuerdo con la mayoría de la doctrina,

²⁰⁹ CARUSO FONTÁN, V., *RP*, núm. 28, 2011, p. 40.

acertadamente, considera como no pornográfica *per se*²¹⁰. Pero como se ha señalado *supra*, históricamente la pornografía siempre ha estado unida a su carácter obsceno o impúdico²¹¹, diferenciando los conceptos entre lo erótico y lo pornográfico²¹², y dependido siempre de la realidad social existente en cada momento.

El sustantivo «representación», ya se ha sido analizado en las líneas anteriores, sin embargo, cabe matizar, aunque el Código Penal no lo diga expresamente, que la mencionada representación deberá ser «visual» en tanto que tiene que darse cierta coherencia con lo previsto en las letras a) y c) o bien la letra d) que menciona la imagen. Además, la representación visual ha de captar partes reales de una persona real, en concreto, estas partes se refieren a sus «órganos sexuales». Pues bien, a este respecto han de hacerse una serie de precisiones en la medida en que, por un lado, los órganos sexuales se refieren a los órganos exteriores, los genitales, aunque en el precepto no se deja claro si basta con la muestra parcial o, por el contrario, requiere su representación total. De otra parte, el concepto no incluye las representaciones de cualquier otra parte del cuerpo, por ejemplo, las nalgas, pechos, etc.

De este modo, a los efectos prácticos las imágenes que recojan los órganos genitales de una persona de forma evidente, no presentará dificultad alguna, pero la situación se complica cuando se trata de

²¹⁰ Entre otras muchas, la STS 1342/2003, de 20 de octubre (RJ 2003/7509) sostiene que «...la imagen de un desnudo (sea de un menor o adulto, varón o mujer) no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse ...».

²¹¹ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2015, p. 257.

²¹² SSTs 1553/2000, de 10 de octubre (RJ 2000/9151); 376/2006, de 8 de marzo (RJ 2006/1827); 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/331); 373/2011, de 13 de mayo (RJ 2011/3871).

determinar si tal parte del cuerpo pertenece o no a un menor²¹³. Esto significa que para aplicar esta modalidad de pornografía infantil debe quedar claro que se tratan de los genitales del sujeto pasivo porque ha podido ser identificado como tal. En caso contrario, es decir, si se desconociese la identidad y edad de éste, habría que incardinarse en la modalidad de la letra c) referenciada a cualquier representación que parezca ser un menor o bien la letra d) para la que sólo resultaría necesaria la imagen realista de los órganos sexuales de un menor.

La expresión «*finés principalmente sexuales*», se refiere a las imágenes que representen órganos sexuales reales -aparentes o realistas en la letra c) y en la d) de un menor o de una persona que aparente ser un menor-. Tal expresión constituye un planteamiento equivocado en la redacción del artículo, por cuanto que la finalidad no es un elemento inherente a las imágenes en este supuesto de desnudo -frente al supuesto de la imagen de una conducta sexualmente explícita en la que puede concurrir la tendencia objetiva a excitar sexualmente-, sino que, más bien, ha de relacionarse con el autor, el poseedor, o el espectador de dicha imagen exclusivamente. A este respecto, Boldova Pasamar manifiesta que por este mismo razonamiento las imágenes de los genitales externos «...no tienen fines y sólo representan situaciones o actos que habrán de aparecer insertados en un determinado contexto, primordialmente, dirigido a la provocación sexual si ha de calificarse como pornográfico ...»²¹⁴.

En la línea argumentativa habrá de considerarse que la finalidad que señala el precepto es, en todo caso, a nuestro juicio, un elemento subjetivo especial del tipo distinto al dolo que no debería formar parte

²¹³ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 257; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., 2017, p. 231.

²¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 57.

de la definición de pornografía infantil que se recoge en el art. 189.1 *in fine*²¹⁵. A pesar de lo manifestado, y en cuanto a su interpretación literal cabe precisar que el carácter pornográfico de la imagen o representación de un desnudo no puede depender exclusivamente de la finalidad subjetiva del sujeto activo. En efecto, la naturaleza pornográfica de una imagen o representación debe serlo también, principalmente, en un sentido objetivo. De este modo, para apreciar que la imagen de los órganos sexuales de un menor es pornográfica y, por tanto, ilícita su elaboración, difusión, tenencia o visualización, han de concurrir en el sujeto activo además de los elementos del tipo subjetivo, ciertas características dentro del contexto en el que se desarrolla la acción, es decir, la presencia del carácter provocativo, libidinoso de tal imagen o representación²¹⁶.

²¹⁵ En este sentido, la Circular 2/2015, de 20 de junio de la FGE, pp. 5 y ss., señala que los «fines principalmente sexuales» que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde. Distinto es su criterio respecto a quien lo elabora, pues el *animus* del sujeto activo que entra en contacto con el menor y que obtiene las fotografías, videos de los órganos sexuales de éste, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico.

ORTS BERENGUER, E. en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.) *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 257, se plantea si los fines pueden depender del soporte en el que quede insertada la imagen o representación, de manera que una imagen en un libro científico sobre sexualidad infantil no se considerará pornografía, pero sí se apreciará si la misma imagen aparece en una revista pornográfica. Por su parte QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, 7ª ed., 2015, p. 284, manifiesta que estos fines se refieren a que la pornografía para considerarla como tal y deben tener algún tipo de relación con la satisfacción sexual, razón por la que quedarían excluidas, por ejemplo, las láminas educativas que muestran la evolución de los órganos sexuales en la evolución de la infancia a la pubertad y añade que «...la pornografía sin referencia a la satisfacción sexual está incompleta y no es pornografía ...».

²¹⁶ ORTS BERENGUER, E. en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Comentarios a la Reforma*, 2ª ed., 2016, p. 660, postula que lo que se determina en los tipos penales es una «conducta con fines principalmente sexuales» del autor que se manifiesta en que «la representación sea de por sí excitante desde el punto de vista sexual o pretenda serlo, esto es, que tenga una connotación libidinoso, pero no en los fines del productor, distribuidor o vendedor, cuyo fin es lucrarse».

En consecuencia, si se tiene presente la expresión «*finés principalmente sexuales*» se hace posible excluir de tal definición, aquellos materiales que aun representando los órganos sexuales de un menor, tengan otras finalidades como, por ejemplo, científicas, médicas²¹⁷. A este respecto, la Directiva europea 2011/92/UE estableció en el Considerando 17 la posibilidad de incluir en la descripción de las infracciones penales un elemento adicional en la expresión «*de forma ilícita*» que nuestro legislador a la postre no quiso incorporar. La decisión de su no inclusión fue aplaudida por un sector doctrinal, argumentando que las representaciones de los órganos sexuales con fines científicos, médicos, etc. ya quedaban excluidas de la definición de material pornográfico, al no concurrir en tales representaciones los «*finés principalmente sexuales*» exigidos²¹⁸.

2.3. Material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o la representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

La letra c) del art. 189.1 *in fine* preceptúa lo que la doctrina denominó, *pseudopornografía*²¹⁹, es decir, consiste en una forma de pornografía infantil técnica realizada por personas mayores de edad que aparentan ser menores. La descripción de tal artículo resulta ser, en nuestra opinión, bastante farragosa e innecesaria, pues realmente en el material no aparecen menores de edad involucrados, ni tampoco éstos son reales. Tal es así, que el propio artículo, a la vista de las

²¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Compendio de la Parte Especial*, 2016, p. 153.

²¹⁸ En tal sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., 2017, p. 226.

²¹⁹ El Convenio de Ciberdelincuencia, en los arts. 9.2, letras b) y c) preveía ambas formas de pornografía virtual. En este punto cabe aclarar que la pornografía infantil técnica y la pseudopornografía -pornografía aparente- o pornografía virtual son dos formas de pornografía virtuales que van referidas al menor.

posibilidades casuísticas que pueden ofrecerse, deja la posibilidad de poder comprobar si cuando el sujeto cometió la acción, representación o imagen, poseía la mayoría de edad, como parece observarse de la cláusula: «*salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes*».

Con tal excepción el legislador parte de una presunción *iuris tantum* en la que se admite la inversión de la carga de la prueba²²⁰ para los casos dudosos, a tenor de la concreción negativa que se establece en el precepto. De este modo, la defensa tendrá que aportar la prueba de descargo, lo que implica, en nuestra opinión, el menoscabo de la presunción de inocencia que se presume en todo proceso penal.

Abundando en ello, la presunción *iuris tantum* ya aparecía en la Directiva europea 2011/92/UE, art. 5.7, como excepción a la punibilidad de esas conductas. El instrumento normativo permitía la discrecionalidad de los Estados miembros para asumirla o no. En este sentido, nuestro legislador resuelve disponerla literalmente en el articulado, demostrando de esta forma la importancia que le confiere. En efecto, tal es su valor que, de no preverse, habría que calificar como pornografía infantil todas aquellas imágenes o representaciones elaboradas con personas adultas por el mero hecho de que visualmente aparentasen ser menores de edad²²¹.

²²⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 58, manifiesta que se trata de una prueba diabólica, puesto que la edad adulta no es visible frente a las personas menores que están cercanas a esa edad adulta, e incluso el material puede tener un origen desconocido o haberse realizado en el extranjero, lo que imposibilitaría la determinación de la identidad y edad de la persona representada.

²²¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Análisis de las Reformas*, 2015, p. 176, critica que se equipare el material de carácter sexual que se ha elaborado con menores de edad, con el realizado con adultos que parecen ser menores, aunque tenga un aspecto aniñado, porque realmente no han sido utilizados menores en la elaboración y, por tanto, para esta autora no se puede hablar de pornografía infantil, aunque el precepto regule una presunción *iuris tantum*. Al respecto, ya se pronunció la FGE

Por otra parte, para evitar caer en excesos de incriminación respecto de esta modalidad de pornografía, y añadimos, que quizás por seguridad jurídica, la FGE en su Circular 2/2015, de 20 de junio, exige que los protagonistas del material pornográfico, sean menores y «...se les represente como menores»²²². La propia Circular defiende que en aquellos supuestos dudosos, sobre si la persona tiene 16, 17 o 18 años y no fuere posible su identificación, no podemos imputar el hecho por ninguno de los tipos penales del art. 189 Cp, pues sólo cabe apreciar la comisión de la conducta de forma dolosa y no imprudente²²³. Asimismo, debe confirmarse que se tratan de representaciones visuales, por lo que queda excluido el material de audio o el escrito.

Aún con todo, y pese a que en principio se alaba la inclusión de un concepto de pornografía infantil, pues con ello se permite dotar de mayor seguridad jurídica al propio concepto, la modalidad de pornografía infantil incluida en la letra c) obtuvo numerosas críticas, las cuales pueden concretarse en dos direcciones. Por un lado, Gómez Tomillo y Boldova Pasamar objetan la dificultad que supone probar la edad de los menores que salen representados, cuando éstos están cercanos a la edad adulta -18 años- y además discrepan en torno a la inversión de la carga de la prueba -la presunción *iuris tantum*- en la medida en que sostienen que debe ser la acusación a quien le debe

en su Informe de 8 de Enero de 2013, al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modificaría la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, en el que se afirmaba que la justificación a su tipificación estaba basada en que dichas conductas banalizaban y podrían contribuir a que se aceptase la explotación sexual de los niños y porque vulneraban la dignidad de la infancia en su conjunto, además, de que resultaba difícil distinguir entre una imagen real y una imagen computarizada en el ordenador.

²²² Circular 2/2015, de 20 de junio, de la FGE, p.10, señala que: «...la vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de las imágenes de personas a las que no se las presenta como menores, o a las que no se consigue identificar y respecto de las que existen dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años».

²²³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., 2017, p. 231.

corresponder acreditar la minoría de edad y discapacidad de los sujetos que intervienen en los hechos²²⁴.

Es más, a propósito del principio *in dubio pro reo*, señalan que el principio surtiría efecto en aquellos supuestos en los que resultara compleja la determinación de si las imágenes son auténticas o si, por el contrario, han sido manipuladas.

Asimismo, estos mismos autores son contrarios a incardinar dentro de esta modalidad de pornografía infantil aquellos supuestos en los que no haya utilización real de los sujetos pasivos, en tanto que no ha existido utilización de éstos en la elaboración del material, ni siquiera de forma indirecta, pues la apariencia de menor es conseguida a través de, por ejemplo, disfraces, maquillajes, etc. En tal caso, según esgrimen, más que la imputación de la letra c) habría de aplicarse alguna de las conductas relacionadas con la intimidad o el derecho a la propia imagen. Es decir, el art. 197.2 Cp en relación con el apartado 3 del mismo artículo, siempre que la imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservados protegidos por el derecho a la intimidad, como podría ser un PC, ordenador portátil privado o incluso el propio móvil.

De otro, otras voces afirman, y aquí creemos que radica su valor, que en la modalidad de pornografía recogida en esta letra c) no existe afectación a ningún bien jurídico al no existir realmente ningún sujeto pasivo al que lesionar o poner en peligro su indemnidad sexual. Así, para Morillas Fernández resulta incongruente la decisión legislativa de incorporar a la definición de pornografía infantil, la letra c). Además, señala que en estos supuestos se está ante una pornografía infantil simulada o técnica en la que el adulto se hace pasar por un menor y no produce con la realización de tal conducta afectación del bien

²²⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código*, t. II, 2015, p. 593; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 59.

jurídico, indemnidad sexual, habida cuenta que el sujeto pasivo de la acción, representación, no existe²²⁵. Orts Berenguer va más allá, manifestando que si las conductas típicas no repercuten en menores ni personas con discapacidad no existe bien jurídico lesionado o puesto en peligro ni tampoco la existencia de sujeto pasivo, por lo que con la sanción de tales conductas se «...vulnerarían los principios de ofensividad y prohibición de exceso»²²⁶.

2.4. Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

La última de las descripciones que se realiza sobre las distintas modalidades de pornografía o de material pornográfico aparece en la letra d) del inciso final del art. 189.1, referenciada a la denominada

²²⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Estudios sobre el Código*, 2016, p. 475.

²²⁶ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 654; ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2016, p. 258, afirma que se está en presencia de un delito de peligro abstracto remoto, pues sin utilización real de un menor, sea cual sea el espectáculo o material elaborado «...ni hay bien alguno necesitado de protección penal, como exigen los principios de proporcionalidad y ofensividad, sólo hay un espectáculo, una grabación, filmación, etc., que pueden ser tildadas de mal gusto, pero lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de un bien jurídico, ni por asomo. ...solamente una incomprensible y temida confusión de los planos éticos y jurídico explican la creación de tipos de acción como varios de los contenidos en el art. 189, que jurídicamente, constitucionalmente, carecen de fundamentación, y político-criminalmente, de racionalidad ...». La misma opinión parecen ofrecer MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, 10ª ed., 2016, p. 394, para quienes la introducción del art 189.1 letra c) Cp carece de fundamento material en relación con la protección real de menor, la indemnidad sexual y tiene difícil defensa desde la perspectiva del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos. Por otro lado, sostienen que el modelo que defiende el legislador, es la inexistencia del bien jurídico, indemnidad sexual, que presumiblemente se comprende defendido en la letra c) del art. 189.1. Y achacan esta incongruencia al error que se produjo cuando se dejó de definir la pornografía infantil como representación visual *del abuso sexual de un menor* puesto que tal modelo «...sí fundamentaba adecuadamente la punibilidad en conductas que incentivaban (conductas de producción) y que perpetuaban (las de tráfico) la real victimización del menor en su esfera sexual ...».

pornografía realista, virtual, o artificial y que resulta ser otra de las variantes de la pseudopornografía²²⁷.

Al igual que ocurriera con las distintas modalidades de materia pornográfico descritas anteriormente, ésta también viene incluida en la definición de pornografía suscrita por los Estados parte en el Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest, posteriormente asumida por la DM 2004/68/JAI y que la Directiva europea 2011/93/UE que la sustituye prescribe en su art. 2 c). Como puede observarse, el legislador español de 2015 incorpora literalmente la redacción de la modalidad que aparece en tal Directiva. Aunque a este respecto, cabe significar que la reforma de 2003 ya preveía un concepto parecido, o al menos esa fue la pretensión legislativa al regular una suerte de pornografía virtual o *morphed images*²²⁸. Ahora bien, la diferencia entre aquella redacción del antiguo art. 189.7 y la actual pornografía realista o virtual del art. 189.1 letra d), es que aquél precepto tipificaba supuestos en los que no

²²⁷ La pseudopornografía consiste en la representación de imágenes ficticias creadas parcialmente con rasgos o características de un patrón real, esto es, menor identificable, y que se encontraba antes de la reforma de 2015 regulada como tipo independiente en el art. 189.7 definida como «todo material pornográfico en el que no habiéndose utilizado directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada a través de artificios técnicos...». Como venimos analizando, tras la modificación operada en 2015 desaparece como tipo autónomo, y se incorpora como parte del concepto normativo de pornografía infantil, pudiendo castigarse como pornografía técnica (letra c)) o bien pornografía virtual (letra d)). MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en MORILLAS CUEVAS, L. (dir.), *Estudios sobre el Código*, 2016, p. 475, que si bien reclamaba en 2004 un concepto normativo de pornografía infantil en base al principio de legalidad, critica la redacción que se establece del concepto de pornografía en la reforma de 2015 y, en concreto, respecto de la modalidad de pornografía virtual, se posiciona en contra de su regulación y señala la falta de lesión al bien jurídico indemnidad sexual; DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Delito de pornografía infantil*, 2011, p. 309, defiende la regulación de la pseudopornografía como una subespecies de pornografía en la que no se representan menores reales.

²²⁸ La reforma de 2003 introdujo un contenido en el art. 189.7 con una técnica bastante defectuosa y que, en puridad, resulto poco rigurosa con el contenido de la pornografía técnica y virtual. Así, el meritado artículo hacía referencia al material pornográfico de esta forma: «...no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada ...».

habiéndose utilizado menores o incapaces directamente, se utilizase la imagen o la voz alterada o modificada de estos²²⁹ y el material resultante se destinara a su tráfico. Como decimos, la modificación producida en 2015 elimina el art. 189.7²³⁰ y un nuevo contenido es incorporado al art. 189.1 d) conforme a la modalidad de pornografía virtual, la cual no requiere que el objeto material del delito contenga la presencia real del menor, pues la realidad de la imagen del sujeto es conseguida a través de los sistemas informáticos que pueden computarizar la imagen de éstos²³¹, como a continuación señalaremos.

Como hemos indicado el legislador de 2015 no ha visto necesario incluir para esta modalidad de pornografía la exclusión de punibilidad que se establece en el art. 5.8 de la Directiva europea, que señala la discrecionalidad de los Estados miembros de incorporar o no tal cláusula para aquellos supuestos en los que el material así creado esté en posesión para uso privado y no exista riesgo de difusión, -el Proyecto de reforma de 2013 contaba en su regulación con la cláusula aludida-.

Entrando en el análisis de su interpretación, la expresión «*imágenes realistas de un menor*» a la que se alude, comprende todas aquellas imágenes que se aproximen lo más posible a cualquier

²²⁹ Para GÓMEZ TOMILLO, M., *RECPC*, 07-04, 2005, pp. 34 y ss., se trata de la simple inserción de voces o imágenes de menores reales.

²³⁰ Para GARCÍA NORIEGA, I., *RIDP*, núm. 19, 2014, p. 109, el hecho de que se suprima con la reforma de 2015 el art. 189.7, no implica la atipicidad de tal conducta, pues la antigua pornografía virtual del aludido artículo queda subsumida en la actual modalidad de pornografía virtual -letra d)- y en la pornografía técnica -letra c)-. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 59, afirma que la modalidad que se recoge en la letra d) no necesita de un modelo humano y por tanto va más allá que el supuesto que recogía el antiguo art. 189.7, de ahí que se haya suprimido.

²³¹ Para BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 59, se trata de supuestos en los que el material se realiza mediante recreación informática ex novo o mediante alteración informática de una persona real.

realidad. Es decir, se tipifica aquellos casos en los que sea casi imperceptible destacar en la representación gráfica, que lo que se observa no es un auténtico sujeto menor de edad o bien los órganos sexuales reales de éste. Por tanto, se trata de un menor o sus órganos sexuales que no están presentes “en carne y hueso”, por lo que sólo es necesario que su representación sea realista para incardinarla en tal modalidad, por ejemplificar, creando el material pornográfico a través de un software que permite recrear la imagen de un menor real²³².

A nuestro modo de ver, con la decisión político criminal de sancionar este tipo de material²³³ se infringen varios principios limitadores del Derecho Penal como, por ejemplo, los principios de exclusión de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de intervención mínima, puesto que al no existir la afectación de ningún bien jurídico, ya sea indemnidad sexual, dignidad, derecho a la propia imagen, etc., la intervención del Derecho Penal carece de legitimidad²³⁴. Así que, el castigo de tales supuestos viene peligrosamente aproximándose a un Derecho Penal de autor, en tanto que parece que el motivo de

²³² Deben tratarse de imágenes que se puedan confundir con la realidad y que puedan engañar sobre la apariencia de realidad, de forma continuada, a un espectador medio. En Derecho comparado tenemos un ejemplo de la tipificación en el Código Penal de EE.UU. § 2256 que define, a los efectos de la pornografía virtual o realista, el término *indistinguishable* como prácticamente idéntico. En la que la representación que se realiza puede provocar en una persona común, creer que se trata de un menor real en una conducta sexualmente explícita. El código estadounidense no incluye en esta definición los dibujos, caricatura, pinturas, etc.

En nuestro país, la FGE en su Circular 2/2015, p. 8, afirma que se excluyen de esta conducta típica los dibujos, caricaturas, etc.

²³³ La anterior reforma de 2010 declinó introducir en el texto legal la modalidad de pornografía realista o virtual.

²³⁴ La misma opinión ofrecen respecto de la falta de lesividad hacia al bien jurídico protegido, RAGUÉS I VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal*, 2012, p. 297 y MARTÍN LORENZO, M., en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., (coord.), *Reforma Penal de 2010*, pp. 1305-1425, aplaudiendo la decisión del legislador de 2010 de no incorporar al texto legal ésta modalidad de pornografía infantil.

incriminarlas sean las tendencias del sujeto y no la lesividad real de su comportamiento.

Pues bien, volviendo a su interpretación, Morales Prats/García Albero destacan que el realismo que sanciona el legislador en esta modalidad va referido a la representación de un objeto material irreal²³⁵, rechazando por tanto, que se haya incorporado el término «realista», pues tal y como queda redactada la letra d), permite que cualquier representación gráfica en la que no exista ningún objeto material real, sea considerada lesiva²³⁶.

Es más, aunque se posicionan en contra de su criminalización, señalan como posible justificación material dos razones: por un lado, de carácter procesal y de otra, sustantiva.

Las razones de carácter procesal vienen referidas a su carácter probatorio. Esto es, debido al desarrollo de la informática y de los medios tecnológicos se hace casi imposible distinguir, cuándo estamos ante un menor de edad real y cuándo aparente. En segundo lugar, las

²³⁵ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, 10ª ed., 2016, p. 396. Para estos autores los dibujos animados no entran dentro del tipo, como ejemplo, los dibujos nipones del género manga hentai, en los que se representan jóvenes preadolescentes de ambos sexos teniendo relaciones sexuales con otros niños. En este sentido, en otras legislaciones penales de nuestro entorno este tipo de género está prohibido. También es de la misma opinión de rechazar en este material los dibujos mangas o parecidos, BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 59.

²³⁶ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, 10ª ed., 2016, p. 396, son muy críticos en cuanto a que el legislador asuma en la pornografía técnica la exclusión de punibilidad cuando se comprobase que el actor tenía más de 18 años cuando realizó el material pornográfico, como consecuencia de ello se enerve la tipicidad de la conducta art. 189.1 in fine c) y apuntan que, sin embargo, no se proceda de la misma forma con la modalidad de pornografía virtual (letra d), tal y como se preveía en el Proyecto de reforma de 2013 cuando el material «...ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado (...) y que el acto no implique riesgo de difusión del material». A su vez, objetan que la reforma de 2015 tendría haber dado la solución a tal contradicción, mediante el establecimiento de un concepto restrictivo de realismo.

de orden sustantivo, basadas en el conocimiento que se tiene de los «usos» que se da a la pornografía infantil. Abundando en ello, por un lado, el consumo de pornografía infantil puede incentivar los abusos sexuales²³⁷; de otro, la pornografía infantil juega un papel fundamental en los abusos por parte de los pedófilos en tanto que sirve para justificar su conducta, ayudarles a seducir a sus víctimas y proporciona un medio para chantajear a los niños de los que han abusado con el fin de evitar posibles denuncias ²³⁸.

En definitiva, para estos autores la punición de la pornografía virtual se justificaría como delito de peligro abstracto, si se comprende como una extensión del objeto de protección del precepto al ámbito de prevención del abuso o a su utilización como una especie de “material preparatorio” para, según los autores, «...gestionar riesgos potenciales, difusos, e indeterminados». Sin embargo, observan que, si su justificación se realiza en base a la indemnidad sexual del menor, se trataría, más bien, de un peligro presunto “iuris et de iure” de abuso sexual en el que resulta irrelevante que lo que parece real, no lo sea.

Aún con todo, reconocen que tal aparente justificación genera un modelo de prevención que acarrea consecuencias devastadoras si se aplicase a otros ámbitos, puesto que podría postularse la incriminación del material gráfico en el que quedase representado la comisión de un delito real o aparente, especialmente delitos violentos²³⁹. En suma, según se infiere, para estos autores la justificación de su tipificación se basaría de un lado, en una peligrosidad subjetiva (derecho penal de autor) y de otro, en la protección de una moral pública, asistiendo de

²³⁷ Se señala que el acceso a la pornografía infantil podría llevar a algunos sujetos a descubrir una tendencia sexual oculta (pedofilia) y a quienes la sobrellevan, a justificarla.

²³⁸ A lo que llaman «manual de conducta o aprendizaje».

²³⁹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial*, 10ª ed., 2016, p. 395.

este modo a la quiebra del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos o principio de ofensividad.

Por su parte, Boldova Pasamar asevera que la justificación de tal tipicidad no está del todo clara, rechaza su incriminación, como ya hiciera con la pornografía técnica, aunque si bien es cierto que reconoce que de la misma manera que sucede con la pornografía técnica, son razones prácticas las que justifican su incriminación, pues cada vez es mayor la perfección de la realidad virtual, y resulta muy difícil diferenciar cuándo se está ante una realidad y cuándo ante una ficción. Aunque indica que «...cuando se trate de imágenes realistas y perfectamente identificables como una recreación informática, no debería de considerarse esta modalidad de pornografía para integrar el tipo de un delito sexual ...»²⁴⁰.

Pero no son las únicas consideraciones ofrecidas sobre la tipificación de tal modalidad. Así, De La Rosa Cortina plantea su apoyo a la incriminación de la modalidad por dos razones: de un lado, sostiene que si no estuviera criminalizada podría contribuir a consolidar fijaciones perversas y aumentar la probabilidad de que sean llevadas a la práctica en la vida real²⁴¹ y de otro, de no incriminarse este tipo de material, banalizaría y contribuiría a la aceptación de la explotación sexual de los menores²⁴².

²⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 60.

²⁴¹ En los mismos términos, GIL RUBIO, J., *Diario La Ley*, núm. 6961, 2008, p. 3.

²⁴² Para DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Bien jurídico protegido*, 2011, p. 31, el fundamento de la punición es que, aunque no afecte a niños reales concretos, sí que genera la banalización del abuso a menores, pues es evidente que puede conllevar un estímulo para ciertas personas incrementar este deseo sexual o incluso puede generar el surgimiento del deseo sexual hacia los menores, con el consiguiente incremento de riesgo de ataque a la libertad o indemnidad sexual de los mismos. CABRERA MARTÍN, M., *Jornadas sobre Derecho*, 2003, pp. 402 y 416, afirma que estas conductas pueden constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y la exaltación a las conductas pederastas.

Pues bien, tras la aprobación de la reforma de 2015 la propia Fiscalía General del Estado admite que con la incriminación de esta modalidad de pornografía se protege en realidad un bien jurídico supraindividual, la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que se vería afectada, es decir, poniéndola en peligro, si la circulación de este material se permitiese²⁴³. Sin embargo, a su vez, el propio organismo del Ministerio Público rechaza ese mismo peligro, cuando se trata de la posesión de ese material para uso privado, siempre y cuando no exista riesgo de difusión²⁴⁴.

En consecuencia, y como hemos tratado de señalar, si bien la doctrina no encuentra una justificación clara a su tipicidad e incluso son contrarios a su tipificación, sí la intentan argumentar apoyándose en razones prácticas que justifiquen tal decisión, destacando que cada vez resulta más difícil distinguir, por los avances tecnológicos, cuándo se trata de una realidad y cuándo de una ficción. Ahora bien, pese a esta afirmación, establecen que tal modalidad debe aplicarse de forma restrictiva, en el sentido de que si las imágenes son realistas, pero no se puede identificar al sujeto porque son una recreación informática, no debe considerarse tal conducta inmersa en el tipo penal²⁴⁵. Sin embargo, el criterio que mantiene el Ministerio Público es que es suficiente con que las imágenes persigan acercarse a la realidad²⁴⁶.

²⁴³ El propio Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2008, reconoce que este tipo de material puede contribuir al incremento de la explotación sexual de los menores.

²⁴⁴ Circular 2/2015, de 20 de junio, de la FGE, p. 5.

²⁴⁵ Entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 60; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 651 y ss.

²⁴⁶ La Circular 2/2015, de 20 de junio de la FGE, p. 8, señala que consisten en imágenes que traten de imitar la realidad, imágenes que no son reales, pero que lo parezcan y, en consecuencia, aquellas que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor o de sus órganos sexuales.

Con todo, lo cierto es que para la mayoría de la población la pornografía infantil puede resultar aberrante, desagradable o execrable y, además, no se comprenda que existen sujetos que disfrutan con el visualización de este tipo de material, a pesar de que el objeto material no es real, pero, en este sentido, no le falta razón a Caruso Fontán cuando afirma que el Derecho penal no tiene como misión inculcar a los ciudadanos qué comportamientos han de ajustarse a la moral sexual colectiva, si no que su objetivo tiene que ir encaminado a que se evite la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales²⁴⁷ y ello se fundamenta en el principio de intervención mínima o de necesidad que debe regir en el Derecho penal.

Para finalizar con este epígrafe dedicado en exclusiva al análisis de las distintas modalidades de material pornográfico infantil, no quisiéramos acabar sin realizar algunas reflexiones al respecto. En este sentido, cierto es que tanto la doctrina como la propia jurisprudencia siempre han sido proclives a la idea de incorporar un concepto de pornografía al texto legal, que permita dotar de seguridad jurídica la incriminación de los delitos de pornografía infantil y, en consecuencia, respetuoso con el principio de legalidad. Pero lo ocurrido en la reforma de 2015 con la incorporación literal del concepto de pornografía infantil –concepto que se incluía en la DM 2004/68/JAI y que posteriormente fue asumida por la Directiva 2011/93/UE- quebró las expectativas creadas en torno a su tipificación, es decir, vio como el legislador asumía un concepto que, aparte de carecer de técnica legislativa, vulneraba en algunos aspectos los principios limitadores del Derecho Penal. Con esta premisa de partida, entraremos a continuación a detallar qué errores y qué principios se vulneran con su tipificación.

²⁴⁷ CARUSO FONTAN, V., *RP*, núm. 28, 2011, p. 41.

En primer lugar, se discrimina a los sujetos pasivos dependiendo de la modalidad de pornografía, es decir, las letras a) y b) van referidas al material realizado tanto con menores de edad como con personas con discapacidad. Sin embargo, las reguladas en las letras c) y d) serán exclusivamente reservadas para la creación de material en el que se encuentran inmersos los menores de edad. Por lo que cabe preguntarse hipotéticamente a este respecto, si no es posible crear un material de pornografía técnica o virtual con personas con discapacidad, o es que realmente el legislador da más importancia al material realizado con menores de edad. En nuestra opinión, la respuesta a esta última interrogante es que verdaderamente, el legislador prioriza el material realizado con menores de edad, quizás, consciente de la falta de demanda de un material pornográfico en el que se representan a personas con discapacidad.

En segundo lugar, y aquí comienzan las vulneraciones a los principios limitadores del Derecho penal, cuando el legislador incorpora al texto legal las modalidades de pornografía infantil técnica y virtual -letras c) y d)-, no respeta el principio de intervención mínima, que debe regir en nuestro Derecho penal, al no atender a la máxima de priorizar la intervención *ius punendi* del Estado cuando se produzca un mínimo. Este mínimo que se predica y en el que se asienta el principio de intervención mínima persigue que el Derecho penal sólo debe intervenir en aquellos casos donde se produzca un ataque grave a los bienes jurídicos más importantes, por tanto, en base a este principio, en nuestra opinión, las conductas redactadas en la letra c) y d) son de dudosa legalidad.

Pero es que, además, se sobrepasa el principio de proporcionalidad con la tipificación de estas dos modalidades de pornografía. En efecto, el reproche penal no es proporcional a la entidad del hipotético delito cometido. A saber, la pena que se impone es consecuencia de la comisión de una conducta que ha lesionado o puesto en peligro (real o

potencial) el bien jurídico protegido. Pero como puede observarse, en las modalidades de pornografía técnica (aparente) y virtual (realista) van referidos a bienes jurídicos aparentes y no reales, e incluso carecen de un objeto material real como ocurre con la pornografía virtual. Es por ello, que nos cuestionemos, si con la incorporación de estas dos formas de pornografía infantil no se origina la vulneración del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos o de ofensividad, al tipificarse modalidades de pornografía en los que no se lesiona o se pone en peligro la indemnidad sexual de los sujetos²⁴⁸. O bien es, que nos encontramos ante la confusión de dos planos –ético y jurídico- lo que explica su tipificación, como señala acertadamente Orts Berenguer, «...careciendo de fundamentos constitucionales y político-criminalmente de racionalidad, salvo que se fuerce una lectura restrictiva ...»²⁴⁹.

Y finalmente, se observa la incongruencia legislativa en cuanto a que se haya previsto la excepción de la punibilidad en la pornografía infantil técnica y no se haya previsto para la pornografía virtual (realista), pese a que la propia Directiva 2011/92/UE permita tal posibilidad a discreción de los Estados miembros y que el Proyecto de reforma de 2013 contemplara esto mismo²⁵⁰.

²⁴⁸ Idea que ha reiterado el TC en las SSTC 11/1981, de 8 de abril y 62/1982, de 15 de octubre.

²⁴⁹ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, pp. 261-262; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 651. Este autor señala que la tipificación de las modalidades reguladas en la letra c) y d) del art. 189.1 *in fine* tienen carácter moralizante.

²⁵⁰ Manifiesta GARCÍA NOGUERA, B., *RIDP*, núm. 19, 2014, p. 110, que tal excepción estaba prevista incorporarla en el art. 189.6 Cp del Proyecto de reforma de 2013, pero declinó la estimación en el trámite parlamentario. Aun así, señala que su redacción adolecía de un error al referirse a la pornografía aparente en lugar de hacerlo sobre la pornografía realista.

En definitiva, en estas líneas en las que se ha tratado de exponer la dispensa legislativa equiparando todos los posibles modelos de material pornográfico infantil en un concepto unitario de pornografía infantil, sin distinguir entre la pornografía real y la irreal. En concreto, Parra González señala que tal equiparación genera «un factor criminógeno» al comparar la elaboración de este material pornográfico con menores reales, que es la que verdaderamente daña a éstos, en lugar de la pornografía técnica o virtual²⁵¹.

Pues bien, hay autores que abogan sin tapujos por la destipificación de estos tipos de modalidades de material pornográfico, defendiendo de este modo la permisibilidad de la pornografía infantil virtual (realista), o, al menos, la que no sea equiparada con la real, porque consideran que es imposible erradicar la pedofilia. De suerte que sostienen que es preferible que se utilice este tipo de material a que se utilicen a menores reales para realizar pornografía infantil²⁵². Otros, sin embargo, apuestan por una interpretación restrictiva de las letras c) y d), lo que conlleva a que se reduzca el concepto de pornografía infantil a dos modalidades básicas, esto es, las recogidas en la letra a) y b) del inciso final del art. 189.1 Cp²⁵³. Aunque respecto a esto último, añade Sáinz-Cantero Caparrós que, a pesar de ser los conceptos más adecuados los recogidos en las letras a) y b), no están exentos de defectos técnicos. En efecto, este autor especifica acertadamente que la letra a) no define qué abarca la conducta sexualmente explícita, ni la b) aclara del todo el concepto de pornografía, pues la hace depender de una valoración, esto es, que la representación de los órganos sexuales

²⁵¹ PARRA GONZÁLEZ, V., *RTS*, vol. 6, núm. 1, 2016, p. 28.

²⁵² Entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *CPC*, núm. 108, 2012, pp. 79 y ss.

²⁵³ En tal sentido, BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2016, p. 61; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 262.

del sujeto pasivo se realice con *fin*es «principalmente» sexuales²⁵⁴. Aunque respecto de este último planteamiento, como ya se ha señalado en líneas anteriores, tal expresión va referenciada en nuestra opinión, más bien al elemento especial del tipo subjetivo distinto al dolo, y en este sentido debería haberse excluido de la definición del concepto de pornografía infantil.

Planteados las distintas disertaciones referentes al concepto de pornografía infantil que se recogen en el precepto, a continuación, realizaremos un breve recorrido por la evolución legislativa de las distintas figuras típicas que componen el art. 189, incidiendo en las distintas reformas que han modulado el precepto desde su origen hasta la última reforma operada por la LO 1/2015, para posteriormente adentrarnos en el análisis específico de las conductas típicas que aparecen en los distintos tipos básicos contenidos en el art. 189.1 Cp.

3. Breve recorrido por la evolución legislativa de los delitos de pornografía infantil.

La entrada en vigor del Código Penal, en virtud de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, supone un cambio importante respecto de la alteración de la ubicación sistemática del texto legal²⁵⁵, aunque tal cambio afecta en menor medida a los delitos de ámbito sexual. Sin embargo, es justamente en esta materia donde la legislación penal más ha evolucionado²⁵⁶ y de la que hay que destacar como logro más importante, el hecho de que el legislador del 95 establece la gravedad

²⁵⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., 2016, p. 288.

²⁵⁵ El Título VIII, del Libro II del CP de 1995, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, recoge como rúbrica «Los delitos contra la libertad sexual».

²⁵⁶ Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 desaparecen del texto legal algunas figuras como, por ejemplo, el delito de corrupción de menores y el proxenetismo, entre otras, que han sido enmarcadas dentro de cierta tutela moral sexual colectiva.

de las conductas en torno a la intensidad con la que se afecta al bien jurídico protegido, libertad sexual, y no a la naturaleza del comportamiento sexual realizado²⁵⁷. De este modo, las novedades que conllevan en el nuevo Código Penal de 1995 en cuanto a los delitos sexuales, según Tamarit Sumalla, se dirigen hacia dos direcciones: por un lado, la consolidación la libertad sexual como bien jurídico en la práctica totalidad de las figuras delictivas del Título VIII²⁵⁸ – como

²⁵⁷ Las consecuencias que trajo consigo la nueva configuración de los delitos sexuales con el Código Penal de 1995, no dejaron indiferentes a la doctrina. En este sentido, traemos a colación algunas de las disertaciones ofrecidas por: LAMARCA PÉREZ, C., *JPD*, 1996, p. 50. Para esta autora, la regulación que ofreció el CP del 95 respecto de los delitos contra la libertad sexual fue positiva, a pesar de las deficiencias que presentó el texto legal. En efecto, lo positivo de esta nueva regulación penal del Título VIII fue, que el legislador puso el acento para incriminar esta clase de conductas en la forma en que se doblega la voluntad de la víctima, más que en el concreto comportamiento sexual llevado a cabo. En consecuencia, respondió a la idea de proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito de la esfera sexual y no en una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí.

Para CANCIO MELIÁ, M., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, pp. 515-516, las modificaciones que presenta el Título VIII del CP del 95, van en dos direcciones: por un lado, la nueva regulación persigue el fin de adecuar la tipificación al bien jurídico incorporado en la rúbrica del Título. Y por otro, en el ámbito de la incriminación de las conductas más graves atentatorias contra la libertad sexual (Capítulos I, II, III) el legislador quiso introducir un sistema de tipificación, que se aparte de modo radical al de la regulación anterior. Todo ello, según este autor, ha provocado dos consecuencias prácticas opuestas: despenalización de supuestos periféricos al bien jurídico protegido y el aumento de la incriminación de supuestos relacionados con la libertad sexual.

Pues bien, según se expone por el autor, en cuanto a la primera de las consecuencias, se observa, en la eliminación de aquellas figuras del anterior CP cuyo objeto de protección no es la libertad sexual. Respecto de la segunda, esto es, la reformulación de las infracciones más graves, se puede constatar que las mismas se encuentran ordenadas por Capítulos en función de su gravedad, es decir, de mayor a menor, lo que lo diferencia respecto del anterior CP, que en el Título correspondiente introdujo los delitos de exhibicionismo y provocación sexual entre los de violación y estupro.

²⁵⁸ Por el contrario, CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, 1996, p. 348, señala que a pesar de la rúbrica que da al Título VIII el legislador, realmente se trata de dos bienes jurídicos dependiendo de la víctima. A tal efecto, manifiesta que tratándose de menores o incapaces (art. 187 y 189) el bien jurídico protegido es «...el derecho de aquellos de no sufrir

ocurre con los delitos relativos a la prostitución- y, de otro, un cambio radical en la configuración de los tipos delictivos²⁵⁹.

Pero en lo que interesa a este trabajo doctoral, el delito de pornografía infantil fue, para el recién creado Código Penal del 95, una figura regulada en el art. 189.1 que describía la acción típica del siguiente modo: «*El que utilizare a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años*»²⁶⁰.

La ubicación sistemática que el legislador destina para el artículo se sitúa en el Capítulo IV, del Título VIII, Libro II dentro de los delitos relativos a la prostitución²⁶¹, aunque nada tenga en común con esta última conducta. La ubicación dispensada que no deja indiferente a la

interferencias por parte de terceros en cuanto a su bienestar psíquico y su normal y adecuado proceso de formación sexual ...», mientras en el caso de los mayores de edad, sería la libertad sexual. En semejante sentido, también se posicionan GONZÁLEZ RUS, J.J., *CPC*, 1996, pp. 323-324 y 361; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, p. 2271.

²⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2ª ed., 2002, p. 51.

²⁶⁰ A propósito del contenido originario del art. 189.1 la doctrina no resulta ser pacífica en cuanto a su interpretación. En efecto, hay quienes postulaban respecto de la conducta de *utilización de menores e incapaces para fines o en espectáculos exhibicionistas*, que estas acciones suelen concretarse en hechos como mostrar sus respectivos cuerpos, total o parcialmente y que pueden ir acompañadas por la ejecución coetánea de prácticas sexuales de cualquier índole, ante el propio agente o ante terceros, bien de forma íntima o en locales ya sean privados o públicos. Y sobre la modalidad de *utilización con fines pornográficos* defendían, que ésta se produce cuando el sujeto activo se sirve de su víctima para que realice toda clase de prácticas obscenas, que al mismo tiempo se pueden fotografiar, grabar para su posterior montaje. De contrario, otro sector doctrinal considera como requisito indispensable, la presencia de un contenido sexual, quedando fuera de este contexto, las imágenes de menores desnudos sin esa connotación.

²⁶¹ Para CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español*, 1996, p. 351, la figura delictiva regulada en el art. 189 hubiera tenido una ubicación sistemática más correcta junto a las infracciones del Capítulo III, referente a «De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual». Sin embargo, TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2ª ed., 2002, p. 151, fue más partidario de que se hubiese incluido con otros tipos delictivos como los delitos contra la intimidad del artículo 197.

doctrina y en la que no faltan autores que señalan, por un lado, que la justificación de su ubicación sistemática se basaba en su proximidad y relación de las actividades y de los conceptos con aquellas acciones delictivas. Y de otro, aquéllos que apuntan la fundamentación en la pretensión legislativa de evitar lagunas de punición que surgirían de no incorporarse las conductas relativas a la pornografía infantil, por cuanto que al decidirse la supresión en el nuevo texto legal del delito de corrupción de menores del art. 187²⁶², ya no existía cobertura legal para incriminar tales actividades delictivas.

No obstante, pese al intento de no dejar ningún vacío legal que impide perseguir tales conductas, la redacción del precepto no gusta a la doctrina, en tanto que se esgrime en su contra las carencias que presenta el precepto. En efecto, se enfatiza sobre la presencia de lagunas de punición, al no tener presente en la configuración del precepto ciertos comportamientos delictivos que acaecían como consecuencia de la aparición de Internet y relacionados con la explotación sexual de los menores de edad. En concreto, con el tráfico de material pornográfico -supuestos de venta, exhibición y distribución de pornografía infantil-. Es más, la demostración de la falta de cobertura legal para hacer frente a tales actividades delictivas surge a partir del enjuiciamiento del llamado caso de “los Pornautas de Vic”²⁶³ sorprendiendo a la opinión pública por la impunidad de los hechos.

Ante esta situación de impunidad con determinados hechos relacionados con la explotación sexual de menores a través de Internet,

²⁶² CANCIO MELIÁ, M., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 547.

²⁶³ El caso más llamativo, “Los Pornautas de Vic”-estudiantes de telecomunicaciones e investigados por Interpol- fue el enjuiciado en el Juzgado de Instrucción núm. 24 de Barcelona, Sentencia de 16 de febrero de 1996. En este asunto el juzgado se vio obligado a archivar el caso, al no existir en el CP ningún precepto que sancionara los supuestos de venta, exhibición y distribución de material pornográfico infantil realizados por cualquier medio.

el legislador procede de nuevo a modificar el texto legal mediante la LO 11/1999, de 30 de abril, siguiendo de manera genérica los dictámenes internacionales aprobados en el Congreso internacional de Estocolmo sobre la explotación sexual de menores en 1996²⁶⁴ y posteriormente, en el ámbito europeo los instrumentos normativos como: la Recomendación 1099 (1996) de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y expresamente, la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 1997, sobre Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a los niños y al Memorándum a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños.

De esta manera, tal modificación se lleva a cabo para garantizar, aún más si cabe, la protección de la integridad y la libertad sexual de los menores e incapaces²⁶⁵, tipificando conductas relacionadas con el

²⁶⁴ En el Congreso internacional de Estocolmo, los Estados Parte acordaron examinar y revisar la legislación estatal, conforme a lo aprobado, además de mejorar la cooperación entre países ante esta delincuencia. Así, como afirma CUERDA ARNAU, M.L., *CDJ*, 1997, p. 18, tanto la Declaración Mundial sobre Supervivencia, la Protección y Desarrollo del Niño (1989) como el citado Programa de Acción de la Comisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Venta de niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil (1992) vienen a ser un compendio de otros compromisos e iniciativas internacionales en esta materia, y muy especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, arts. 19 y 34)) y la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños y jóvenes adultos (1991).

²⁶⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2ª ed., 2002, pp. 107 y 108, esgrime que la reforma operada 1999 del Código Penal incurre en primer lugar, en el error de no haber tenido presente la distinción entre los hechos «...cuyo contenido del injusto se agota en la producción de un atentado a la intimidad del menor o incapaz (con independencia de la existencia de ánimo lúbrico por parte del sujeto activo) ...» y aquellos hechos en los que «...el interés vulnerado tiene una dimensión sexual por afectar a la libertad o incluso a la indemnidad sexual de la víctima ...». Y, en segundo lugar, la desigualdad en la pena para los delitos de pornografía infantil y contra la intimidad. En este sentido, manifiesta este autor que, «...resulta incomprensible que, tras esta reforma, el legislador haya previsto que el delito de pornografía infantil tenga una pena menos

tráfico de pornografía infantil, reintroduciendo el delito de corrupción de menores o incapaces, que había sido suprimido en el CP de 1995²⁶⁶; reordenando las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de cada una de las figuras delictivas y revisando el sistema de penas, con el consiguiente rechazo de aquellas sanciones que en este ámbito no resulten adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de prevención general y especial²⁶⁷.

Abundando en ello, respecto al delito de pornografía infantil la reforma del CP de 1999 supone una ampliación del originario delito, que a partir de entonces quedó configurado mediante dos apartados-letras a) y b)-. Así, en la letra a) se sigue manteniendo como conducta típica, al sujeto que utilice a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y se añade,

grave (prisión de uno a tres años) que la contemplada en el delito contra la intimidad del art. 197 Cp (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses en su mitad superior, cuando la víctima sea menor de edad o incapaz). Esta circunstancia dificulta la elaboración de criterios para delimitar los distintos ámbitos típicos y la resolución de problemas concursales»

²⁶⁶ No todo fueron alabanzas las que recibió la reforma por parte de la doctrina. En concreto, en lo que se refiere al art. 189, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., (dirs.), *El Nuevo Derecho Penal*, 2001, p. 1025, señalan que la reforma del artículo presenta modificaciones superfluas con connotaciones bastante moralizantes que no siendo necesarias en el precepto.

²⁶⁷ Según establecía la Exposición de Motivos de la propia LO 11/1999, la finalidad de la reforma no sólo fue destinada a ampliar la tipificación de las conductas referentes a la elaboración y difusión de material pornográfico realizado con menores de edad e incapaces, sino que, además, se añade a la rúbrica del Título VIII el concepto de *indemnidad* junto al de libertad sexual. Abundando en ello, para FERNÁNDEZ TERUELO, J.G, *Derecho penal e Internet*, 2011, p. 110, una de las principales novedades a destacar de la reforma es el reconocimiento de un segundo bien jurídico necesitado de especial protección junto con el de libertad sexual, en concreto, la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces.

Pero la Exposición de Motivos también habla como bienes jurídicos de la dignidad de la persona, de los derechos inherentes a ella y al libre desarrollo de la personalidad, pero sólo refleja jurídico-positivamente el de la indemnidad sexual, a la que también denomina integridad sexual.

acompañando a tal conducta, la cláusula «tanto públicos como privados»²⁶⁸ y, además, se incorporan dos nuevas modalidades típicas: «...o para la elaborar cualquier clase de material pornográfico²⁶⁹ o financiare cualquiera de estas actividades»²⁷⁰. Pues bien, de la nueva

²⁶⁸ Es doctrina pacífica considerar que con la inclusión de esta cláusula el legislador muestra su indiferencia sobre que el origen del espectáculo tenga un destinatario colectivo o privado. No obstante, ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 248, aseveran al respecto que su inclusión en el precepto penal no era necesaria, argumentando, que tal y como originariamente se encontraba redactado el art. 189.1, ya concurrían ambas al referirse sólo a los fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos. En términos parecidos, parece expresarse la SAP de Asturias 469/1999, de 4 de junio (ARP 469/1999) al contemplar que «...resulta indiferente que la conducta que el acusado desplegó con los menores no haya tenido más destinatarios que su utilización particular y privada por él mismo».

Pero es más, la constitución de tal cláusula sugiere a CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal*, 1999, p. 63, la posibilidad de tipificar la mera asistencia de los espectadores a este tipo de actos, destacando «...la falta de regulación en los supuestos referentes a los simples espectadores de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que intervengan menores o incapaces (ya sea de forma onerosa, ya de forma gratuita), salvo que una interpretación muy forzada de la letra b) que permitiera incluir semejante actividad en la modalidad comisiva de «facilitar la difusión o exhibición por cualquier medio» de material pornográfico infantil».

²⁶⁹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.) *Comentarios a la Parte Especial*, 2ª ed., 1999, p. 289. Según estos autores, la sanción de estas conductas estaría justificada en la imposibilidad técnica de distinguir en muchos casos «...los de participación real del menor de la simulación de la misma efectuada por un tercero, y una justificación basada en la lesividad material que se explicaría no tanto por el atentado a la libertad sexual como por la tutela de la dignidad del menor. En este último punto debe recordarse respecto al bien jurídico protegido, que aparecería en este caso vinculado más bien a la intimidad o la propia imagen del menor a partir de la consideración de la irrelevancia de su consentimiento. El encaje de tales conductas en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual resulta dudoso, si lo único que se realiza con la imagen del menor, obtenida fuera del contexto sexual, es insertarla en un contexto pornográfico. Por otra parte, deben tenerse presente los problemas de subsunción de esta clase de hechos en el tipo delictivo del art. 197. 1 Cp, dado los estrechos márgenes en los que aparece prevista la protección penal del derecho a la propia imagen como consecuencia, principalmente, de la exigencia de la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la víctima».

²⁷⁰ Según TAMARIL SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2ª ed., 2002, p. 109, la modalidad de financiación de las actividades relacionadas con la pornografía infantil, debe interpretarse como una decisión político-criminal de

regulación de la letra a) hay que señalar que la pretensión del legislador al incluir la expresión «tanto públicos como privados» es la de equiparar la génesis del espectáculo, es decir, a efectos incriminatorios resulta indiferente que la naturaleza de tal espectáculo tenga como destinatario a un colectivo o que éste sea privado.

Sobre el contenido creado *ex novo* de la letra b) del art. 189.1, su regulación surge con el propósito de asumir los textos internacionales en los que España formaba parte. De suerte que a través del nuevo precepto se incrimina a toda la cadena de distribución de material pornográfico²⁷¹, dejando cubiertas de este modo, las importantes lagunas de punición de las que adolecía el artículo originario²⁷². Así

equiparar los comportamientos propios en materia de autoría, otros hechos que de otro modo habrían sido constitutivos de cooperación necesaria. Esta decisión, en puridad, según sostiene, no tiene apenas consecuencias prácticas, dado el tratamiento de esta clase de participación criminal en el Código Penal.

²⁷¹ Señala MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 132, que en la misma línea y con idéntica preocupación respecto de las conductas de tráfico de material pornográfico, se modificaron a finales de la década de los 90, los textos penales de otros países europeos. Así, por ejemplo, en Italia, la normativa contenida en la Ley núm. 66 de 15 de febrero de 1996 (Norme contro la violenza sessuale) y en la Ley de 3 de agosto de 1998, núm. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù). El legislador penal francés incrimina en su Código Penal, concretamente en el artículo 227-23, en primer lugar, el hecho de tomar, grabar o transmitir la imagen o la representación de un menor con objeto de su difusión, cuando esta imagen o esta representación presenten un carácter pornográfico; en segundo lugar, el hecho de difundir una imagen o representación de ese tipo, por cualquier medio, de importarla o exportarla, o hacerla importar o exportar. Las penas quedarían agravadas cuando, para la difusión de la imagen o de la representación de un menor, destinada a un público indeterminado, se haya utilizado una red de telecomunicaciones. La mera tenencia de tales imágenes o representaciones también será castigada. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 132.

²⁷² En virtud de la nueva regulación que se produjo con la reforma de 1999 dejaron de ser impunes diversas conductas que respondían a lo que podría calificarse como nuevas “formas delictivas” en materia de pornografía infantil. Esto es, el ya reseñado empleo de Internet como modernización de antiguas formas delictivas. A modo de ejemplo, se traen a colación dos sentencias que reflejan perfectamente como dicha regulación resuelve la problemática frente a las dos figuras típicas actuales más frecuentes en su utilización como son la venta y difusión de material

pasan a criminalizarse las conductas «*producir, vender, distribuir, exhibir, facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio material pornográfico en el que hayan sido utilizados los menores de edad o incapaces, siendo indiferente que el material tuviera su origen en el extranjero o fuere desconocido*».

Abundando sobre la cláusula «...*siendo indiferente que el material tuviera su origen en el extranjero o fuere desconocido*», parece ser que la pretensión perseguida es la de ampliar el marco de persecución del art. 189.1, b) aunque, realmente, tras la modificación producida en el art. 23.4 de la LOPJ en relación a la excepción al principio de territorialidad, ésta resulta ser innecesaria en tanto que, en virtud del mencionado art. 23.4 LOPJ, la jurisdicción española puede conocer incluso de la elaboración de material pedófilo que se verifique en el extranjero, aunque tal material no hubiere llegado a venderse, distribuirse o exhibirse en España. Y lo mismo sucede con el principio de justicia universal -art. 23 LOPJ- para los supuestos en los que se desconozca el origen del referido material.

Finalmente, la reforma de 1999 incluyó un tercer párrafo en el art. 189.1 que actúa como tipo privilegiado del art. 189.1 b)²⁷³. Tal precepto

pornográfico infantil. La primera de ellas la SAP de Madrid, núm. 64/2001, de 28 de febrero (JUR 2001/127260), y la segunda, la SAP de Jaén 50/2002, de 26 de septiembre (ARP 2002/663).

²⁷³ Esta decisión del legislador fue bien tomada la mayoría autores, pese a que algunos como TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2º ed., 2002, p. 110, reconoce que en la praxis es muy difícil probar la exigencia de la preordenación al tráfico teniendo en cuenta las posibilidades que ofrece la nueva tecnología para la difusión de dicho material desde un único punto y dada la compatibilidad del propio consumo con el coleccionismo pedófilo.

A este respecto, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, 2ª ed., 1999, p. 291, postulan que estos posibles déficits de protección del bien jurídico serían más asumibles, que las consecuencias de una penalización ilimitada que podría llevar a castigar, por ejemplo, la simple consulta de una página de pornografía infantil en la red.

tipifica la conducta de posesión de material pedófilo para su ordenación al tráfico. Con lo cual, se extiende aún más, la cobertura de las actividades criminales orientadas al tráfico del material pedófilo y, por ende, se ofrece una mayor respuesta, y más contundente, a las lagunas de punibilidad que presentaba el originario art. 189 .1 del CP de 1995²⁷⁴.

La reforma del delito de pornografía infantil por LO 15/2003, de 25 de noviembre, se justifica en el Informe sobre el Anteproyecto de la LO 10/1995 del Código Penal²⁷⁵ por la necesidad de mejora técnica y la adaptación del Código a la normativa internacional²⁷⁶. Por su parte,

²⁷⁴ Cabe reseñar que no fueron los únicos tipos que se incluyeron en el art. 189 tras la reforma de 1999, antes al contrario, se introduce un tipo cualificado en el apartado 2 sancionando a todo aquel que perteneciendo a una organización o grupo penal se dedicase a las actividades señaladas en el art. 189.1; se vuelve a reintroducir el delito de corrupción de menores en el apartado 3; y continúan regulados como originariamente se dispusieron, los apartados 4 y 5, referentes a la responsabilidad penal de los responsables legales de hecho o de derecho de los menores e incapaces, que no evitasen o impidiesen la situación de prostitución de éstos, incluyéndose la corrupción y las facultades del Ministerio Público para privar de patria potestad, tutela, guarda, etc. a los autores de las conductas mencionadas en el art. 189.

Con respecto al reincorporado delito de corrupción de menores, art. 189.3, en contra de su regulación se posiciona MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., 1999, p. 232, criticando que por la indeterminación de su contenido resultaba atentatorio contra la seguridad jurídica, llegando a calificar al precepto como inconstitucional porque infringía el principio de legalidad quedando en manos de los Jueces y Tribunales utilizar el artículo para castigar o no, conductas que no estuvo previstas en otros artículos. Por el contrario, a favor de su tipificación encontramos a GIMBERNAT ORDEIG, *Código Penal*, 5ª ed., 1999, pp.16-19.

²⁷⁵ CGPJ, 2003, pp.248 y ss.

²⁷⁶ Entre esta normativa internacional se citan, el art. 34 c) de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 –cuyo instrumento trata de la problemática relativa al turismo sexual y la pornografía infantil por Internet- que asume las conclusiones de la Conferencia Internacional de Viena de 1999, y que define la pornografía infantil como «toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines

la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del CP, aduce la naturaleza de la reforma «...en la actualización que necesita el Código Penal para abordar nuevas problemáticas». Entre las reformas planteadas se destacan «...las concernientes al régimen de penas y su aplicación, la adaptación de tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el

primordialmente sexuales». Del mismo modo, sirve como referencia para la aludida reforma, la Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo de Europa, sobre la base del art. k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños, consistente en «la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material», así como la Decisión del Consejo de Europa de 29 de mayo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, como modalidad de delincuencia organizada y, finalmente, el Proyecto que creó la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 del Consejo, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

No obstante, estos no son los únicos instrumentos que se han tenido en cuenta en la reforma de 2003 del Código Penal. Antes al contrario, obedecen a su vez a las previsiones establecidas en el Convenio Internacional sobre Cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001 en Budapest. En efecto, en el Título III del Convenio Internacional se contemplan las sanciones relacionadas al ámbito de la criminalidad informática. Y, especialmente, su art. 9 enfatiza la necesidad de que los Estados firmantes adopten medidas legislativas o de otro tipo para prever como infracción penal, conforme a su Derecho interno, las siguientes conductas que sean cometidas dolosamente y sin autorización: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) el ofrecimiento o la puesta a disposición de la pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil por medio del sistema informático; d) el hecho de procurarse o de procurar a otro, pornografía a través de un sistema informático; e) La posesión de pornografía infantil en sistema informático o en un medio que posibilite el almacenamiento de datos informáticos.

Cabe destacar que el aludido instrumento internacional recoge, por vez primera, en su art. 9.2 el concepto de pornografía infantil, comprendiendo como tal: «a cualquier material que represente de manera visual a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito», y añade el término pornografía técnica, esto es, «la que se proyecta sobre una persona que aparece en la imagen como si fuera un menor adoptando comportamientos sexuales de manera explícita, así como de la pornografía simulada o pseudopornografía, alusiva a las imágenes realistas que representen a un menor en los referidos comportamientos sexuales».

ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictual actual ...». Sin embargo, la realidad que resulta demostrar tal reforma es una política criminal más severa y represiva que no dejaba ningún resquicio sin castigar.

Entrando a señalar las modificaciones que se realizaron con motivo de tal reforma, se observa que en los tipos básicos del art. 189.1 se introduce de un lado, un nuevo inciso que acompaña a las modalidades típicas de la letra a). En efecto, junto a las acciones típicas se suma el inciso «*cualquiera que sea su soporte*» para, en nuestra opinión, no dejar ningún resquicio de impunidad frente a las conductas que atenten contra la indemnidad sexual²⁷⁷ y, asimismo, cumplir con las demandas de la doctrina y la jurisprudencia de relacionar a estos tipos con el delito de provocación sexual, art. 186. De otro, en la letra b) se reubica la conducta de la posesión preordenada al tráfico, que con la reforma de 1999 había constituido un tipo privilegiado en un párrafo independiente. Y, por último, la elevación en un año de la pena señalada en el art. 189.1 que se establecía anteriormente, en prisión de uno a tres años.

La principal novedad que dispensa la reforma de 2003 para los delitos de pornografía infantil se encuentra en el art. 189.2, al tipificarse la simple posesión de material pedófilo para uso privado, como tipo privilegiado y diferenciándose de este modo, del tipo de posesión de material para su tráfico-art. 189.1 b)-. Ahora bien, si bien la conducta de posesión de material pedófilo para uso privado ya se contemplaba en la mayoría de las legislaciones europeas e internacionales, incluso antes del Proyecto de Decisión Marco

²⁷⁷ El inciso permite apreciar que el material pornográfico puede hallarse en cualquier tipo de soporte, ya sea fotografía, películas, correo electrónico, hashtangs, etc. En este sentido, CUGAT MAURI, M., en CORDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 410.

2004/68/JAI²⁷⁸, su tipificación en nuestra legislación penal no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina²⁷⁹, por cuanto se criminaliza la simple tenencia de material pedófilo, conducta que no lesiona o pone en peligro la indemnidad sexual de ningún sujeto concreto. Luego, por tanto, su tipificación tiene tintes moralizantes que recuerdan a una época anterior al Código Penal del 95. Pero no han sido las únicas muestras de desacuerdo, a ellas se añaden las manifestaciones de desaprobación que también expresa la jurisprudencia, la cual ha llegado incluso a denominar al precepto

²⁷⁸ Ejemplificando, la simple posesión de material pornográfico infantil fue incriminada en el Reino Unido, Canadá y Estados Unidos a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Por otra parte, en el ámbito europeo se da la excepción a esta afirmación, y ello ocurre en Alemania donde si bien es cierto que se contempla la simple posesión, no es menos cierto que únicamente se tipifica el supuesto en que medie abuso sexual de niños siempre y cuando tales documentos reproduzcan un caso real o aproximado a éste (§ 184 V StGB). Un estudio sobre Derecho comparado en materia de pornografía infantil puede encontrarse en MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *CPC*, 2004, p. 32.

Para MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2005, p. 361, la reforma de 2003 en este punto obedece a las previsiones del Convenio de Budapest.

²⁷⁹ Esgrimen, entre otros, el argumento de la inexistencia de un bien jurídico protegido, como, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español*, 2002, p. 223. Sin embargo, para GIMBERNAT ORDEGI, E., *Código Penal*, 5ª ed., 2000, pp. 18-20, «...el adquirente de pornografía infantil cada vez que pasa el video de las imágenes reproducidas perpetúa el ataque a la dignidad y libertad de los niños que han sido gravados y por otra parte contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra los menores, pues aquella sólo pueden desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores ...».

Por otro lado, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2005, p. 361, señalan respecto a su incriminación que con el tipo se ha optado por la opción más inquisitiva reclamada por algunos sectores, entendida en la represión más genérica de la mera posesión, según el modelo ofrecido por algunos países de la Unión Europea. Por consiguiente, la mera y estricta posesión queda incriminada, lo que significa, que en todo caso el tipo queda descargado de la prueba de una preordenación al tráfico en las conductas de posesión a incriminar por el art. 189.1 b).

como «el delito solitario»²⁸⁰ y, por no mencionar, además, lo discutido que fue en su trámite parlamentario²⁸¹.

Pese a su tipificación, al menos el legislador respeta el principio de proporcionalidad, en tanto que lo configura como un tipo privilegiado con una penalidad muy inferior a todas las conductas relacionadas con el tráfico de pornografía infantil del tipo básico de la letra b) del art. 189.1. En concreto, la sanción establecida para la tenencia de pornografía infantil para uso propio se fija en la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Los tipos agravados que aparecen en el apartado tercero del art. 189 también representan otra de las novedades de la reforma de 2003, a excepción de la letra e) que ya se preveía en la reforma de 1999 como único tipo agravado y referenciado a la pertenencia del culpable a organización o asociación dedicada al tráfico de pornografía infantil o a otras conductas relacionadas con la misma. De este modo, la incorporación al precepto de los diferentes tipos cualificados hace desaparecer el sistema de tipo agravado único que hasta ese momento se había instaurado. Así, entre el abanico de subtipos agravados incluidos, se recogen la utilización de niños menores de trece años y otras agravaciones como: el carácter degradante o vejatorio, la gravedad económica del hecho, la representación de menores o incapaces

²⁸⁰ La STS 913/2006, de 20 de septiembre (RJ 5630/2006) acuña tal termino y expresa su crítica hacia la tipificación de la conducta, pues para el Tribunal los esfuerzos del legislador debieran ir dirigidos a la persecución de los autores materiales de la utilización de los menores para elaborar material pedófilo y no al consumidor de dicho material. Viniendo a decir que el delito de tenencia de pornografía infantil para uso propio «...tiene una incidencia sobre el bien jurídico –indemnidad sexual– que previamente ya ha sido lesionado ...por aquellos que corrompen a los menores en el proceso de elaboración del material. Es decir, la acción solitaria inducida por impulsos sexuales incontrolados no se dirige contra terceros concretos individualizados e identificados...».

²⁸¹ Se presentaron enmiendas por parte del PNV y del PSOE, que propusieron su supresión, en concreto, en las núm. 25 y 108.

víctimas de la violencia física o sexual y cuando el responsable sea tutor, curador, maestro o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz.

El apartado cuarto del art. 189 que tipifica el delito de corrupción de menores no sufrirá variación alguna respecto de su contenido con esta reforma. Sin embargo, sí conllevará, por un lado, un cambio de ubicación sistemática, pasando a encuadrar a partir de entonces el apartado cuarto en vez del tercero y, de otro, se suprime la consecuencia jurídica referente a la pena de multa y que pasa a ser de seis meses a un año la de prisión.

Respecto al apartado quinto del art. 189, se sigue con la tradición legislativa iniciada por el Código Penal de 1928, la cual criminalizaba la no evitación de la corrupción o prostitución de menores por parte de quienes tienen el deber de protección de éstos. Por ende, se trata de una modalidad típica de conducta omisiva.

Pues bien, en cuanto a las novedades que incorpora este apartado son dos: de un lado, el cambio sistemático, en tanto que se traslada del apartado cuarto al quinto; y de otro, la ampliación de la consecuencia jurídica a través de la potestad discrecional del Juez para imponer bien una pena de prisión de tres a seis meses o bien multa de seis a doce.

El apartado seis del referido artículo no presenta ninguna novedad en relación con su predecesor. Así que por imperativo legal el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de promover las acciones judiciales dirigidas a la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos familiares del autor del delito, esto es, patria potestad, tutela, curatela, etc., y cuya imposición será facultativa para el juez.

La reforma creará ex novo el apartado siete del art. 189.1, cuyo contenido consiste en sancionar cualquier actividad dirigida al tráfico del material pedófilo, pero con la característica de que ese material constituya la denominada *pseudopornografía* o también llamada

morphing. En este punto y como ya se ha comentado en otra sede, el material calificado por el legislador del 2003 como pseudopornografía no utiliza al menor o incapaz, sino que se abusa de su imagen o voz, manipulándola a través de cualquier aparato técnico o bien a través de software²⁸².

La última de las novedades se corresponde con el apartado octavo del art. 189 que viene a dar cumplimiento al requisito impuesto en el art. 129 Cp. Esto es, en virtud del meritado artículo, se impone la pena accesoria del delito cometido al autor que, perteneciendo a empresas, grupos de personas, etc. que no estén incluidas en el art. 31 bis. Es

²⁸² Algunos autores opinan, sin embargo, que tal figura no fue creada *ex novo* con la reforma de 2003, antes al contrario, señalan que ya aparecía incluida en la reforma de 1999. En efecto, según señalan MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la parte especial*, 7ª ed., 2008, p. 352, la técnica de tipificación que se siguió con la reforma de 1999 permitía aprehender dentro del art. 189 los supuestos de pseudopornografía, entendiendo por tal, aquélla en la que se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas animadas o no en las que no interviene realmente, pues en tales casos, existe una objetiva utilización del menor para los fines que se contemplan en el art. 189.1 a).

En el Informe emitido por CGPJ de 26 de marzo del mismo año, sobre la reforma legislativa emprendida, y en concreto, en lo que respecta a este art. 189.7, se afirmaba que el propósito del legislador con su inclusión, no era otro que, anticipar la tutela penal para proteger la indemnidad sexual.

Abundando en el contenido del precepto, hay que subrayar que el mismo castiga la difusión o distribución y no la posesión para su tráfico de este tipo de material pedófilo. Por otro lado, pese a las numerosas críticas que recibió en su día su inclusión, algunos autores llegaron a señalar, incluso, que tal difusión afectaría al bien jurídico derecho a la propia imagen incluido en el derecho a la dignidad del menor, pero no a la indemnidad sexual, como quería hacer ver nuestro legislador, por cuanto que no se realiza ningún comportamiento de carácter sexual, ni siquiera indirecto, sobre el menor. En nuestra opinión, no les falta razón a aquéllos que señalaban tal planteamiento, pero también creemos que existieron tintes moralizantes en la decisión de incluir el tipo.

decir, se pretende proyectar la responsabilidad penal al ámbito de las personas jurídicas mediante medidas judiciales²⁸³.

La reforma del CP operada por LO 5/2010, de 22 de junio, según el propio Preámbulo mantiene, se lleva a cabo por la imposición de las obligaciones internacionales adquiridas por España, especialmente, respecto a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, así como al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote en octubre de 2007²⁸⁴. Ahora bien, si se observa la reforma realizada, los textos internacionales a los que hace referencia el Preámbulo de la Ley fueron en realidad la excusa que motivó al legislador para iniciar, de forma unilateral, determinados cambios normativos que no venían exigidos en los aludidos instrumentos normativos. De este modo, la pretensión legislativa va en la dirección de continuar con la senda emprendida en las anteriores modificaciones legislativas, esto es, creación de nuevos tipos penales para dar mayor protección a las víctimas en materia de delitos sexuales, ampliación de los ya existentes y más severidad en las consecuencias jurídicas a imponer. Pero, si bien es cierta la anterior afirmación, ésta habrá de ser matizada. En efecto, a diferencia de lo ocurrido en otras reformas que se limitaron a introducir cambios muy puntuales en el Título VIII, con esta nueva reforma la transformación recae, especialmente, en determinados artículos que integran el aludido Título VIII, en concreto, sobre los delitos de agresiones y abusos sexuales, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. De suerte que, en ellos se aprecia, por un lado, la constante ampliación de las

²⁸³ A mayor abundamiento, en el art. 129 especifica que la sociedad, organización o asociación, a la que se apliquen tales medidas accesorias pueden tener incluso carácter transitorio.

²⁸⁴ España ratificó el meritado Convenio de Lanzarote en agosto de 2010.

conductas delictivas y, de otro, el progresivo endurecimiento de las consecuencias jurídicas previstas para estos delitos²⁸⁵, por lo que cabe inferir que, con tales medidas el legislador se propuso crear un Derecho penal más severo y amplio²⁸⁶.

Es más, el razonamiento que acabamos de exponer tiene su fundamento en el propio Preámbulo de la LO 5/2010, del que se desprende que las modificaciones realizadas pretenden ser el reflejo de la determinación legislativa en la lucha contra este tipo de delincuencia, que tanta inquietud generaba en la opinión pública. En efecto, el mencionado Preámbulo proclama expresamente «...acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente aquellas más desvalidas ...».

Dicho esto, las novedades emprendidas para dar mayor protección penal a las víctimas, a las que el legislador señala como “más desvalidas”, se constata mediante la ampliación de los tipos penales. Así, en la letra a) del art. 189.1 se introducen dos nuevas conductas punibles: *captar* a menores o incapaces para emplearlos en las actividades descritas en el precepto²⁸⁷, que acompañará a la de

²⁸⁵ Algunas voces señalaron, que diversas modificaciones realizadas por la LO 5/2010 fueron simbólicas, en concreto, respecto del aumento de la pena en determinados delitos se arguyó que tal decisión político criminal no tendría ningún efecto directo en la prevención de los hechos que se incriminaban y también destacaban la regulación separa de los delitos cuyas víctimas son los menores de edad. En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal*, 2012, p. 295.

²⁸⁶ RAMÓN RIBAS, E., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./OTROS (coords.), *Libro homenaje al profesor*, 2013, p. 842, es de la opinión que, en lo referente a los delitos sexuales cometidos sobre menores, la reforma pretende reforzar el bien jurídico protegido, dándole una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas.

²⁸⁷ Respecto de la conducta captación de menores de edad, y como se profundizará en el análisis de las conductas típicas, algunas voces señalaron que realmente tales supuestos englobaban actos de cooperación necesaria, cuya incriminación podría haberse remitido al ámbito de participación. En este sentido, se manifiestan RAGUÉS I VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal*, 2012, p. 296; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en

utilización de menores de edad para espectáculos exhibicionistas pornográficos o para la elaboración de dicho material, así como la de *lucrarse* con tales actividades.

En la letra b) del aludido artículo se procede a incriminar el *ofrecimiento* de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido empleados menores de edad o incapaces²⁸⁸, ampliándose aún más, si cabe, el elenco de conductas típicas que presentaba el precepto.

Pero como se ha adelantado, la reforma de 2010 no se limitó exclusivamente a incluir nuevas figuras delictivas en el tipo básico de art. 189.1, sino que, además de ello, procede a modificar el marco penal que venía establecido desde la reforma de 2003 –recordemos, que la pena aplicable para el tipo básico constituía una pena de prisión de uno a cuatro años-, y que a partir de ese momento queda incrementada en la pena de prisión de uno a cinco años²⁸⁹.

Finalmente, el legislador dispensa una Disposición Común en el art. 189 bis en el que se regula la posibilidad de dirigir el reproche penal a las personas jurídicas, conforme al sistema del art. 31 bis, en relación con los delitos relativos a la prostitución de menores, pornografía infantil y corrupción de menores. Las consecuencias jurídicas aplicables a la comisión de tales hechos delictivos conllevarán el establecimiento de diversas multas proporcionales, que se

QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 9ª ed., 2011, p. 1227.

²⁸⁸ Si bien es cierto que esta nueva conducta punible aparece regulada en el art. 3.1 de la Decisión Marco 2004/68/JAI, su inclusión es un tanto discutible por cuanto que tal modalidad queda abarcada en otras figuras típicas descritas en la letra b), como pudieran ser la distribución o para facilitar la distribución.

²⁸⁹ Debido a la influencia de la política criminal emprendida en la UE, el legislador decide modificar el límite máximo del tipo básico, que pasará a ser de cinco años de prisión y además este mismo límite, pero establecido como mínimo, lo incorpora en los tipos agravados del art. 189.3.

determinarán en base a el beneficio obtenido por la realización de estas actividades y la gravedad del delito cometido por la persona física²⁹⁰.

Abordamos la última de las reformas que hasta el momento se ha producido, conforme a LO 1/2015, de 30 de marzo y que en opinión de la doctrina en su conjunto supuso, prácticamente, la creación de un nuevo Código Penal. Siendo así y en lo que a este trabajo doctoral interesa, las modificaciones llevadas a cabo volverían a incidir, una vez más, en la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Así las cosas, cabe significar que las modificaciones emprendidas vienen fundamentadas de nuevo por los compromisos internacionales asumidos por España. De esta manera, entre los textos internacionales dentro del ámbito europeo en el que se insta a los Estados miembros para que modifiquen sus legislaciones penales cabe mencionar la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI. Por consiguiente, la meritada Directiva europea apremiaba nuevamente a los Estados miembros a revisar y adaptar su normativa interna a lo contemplado en el texto internacional, esto es, a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra las actividades delictivas aludidas. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se hace eco de que la reforma de estos delitos se entabla porque tales actos constituyen graves violaciones a los derechos fundamentales y, en particular, a los derechos del niño. Es más, en ella se afirma que se deben procurar la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal y como

²⁹⁰ La inclusión de la Disposición Común del art. 189 bis supuso la supresión del anterior art. 189.8. De este modo, el nuevo artículo regula conforme a las reglas del art. 66 bis, la posibilidad de que Jueces o Tribunales puedan imponer las penas previstas en el art. 33.7. letras de la a) a la g).

establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Dicho esto, las novedades más importantes que presenta la reforma de 2015 en lo que se refiere a los delitos contra la libertad²⁹¹ e indemnidad sexual regulados en el Título VIII, del Libro II del Código Penal pueden resumirse en los siguientes términos:

- a) La elevación de la edad del consentimiento sexual de los menores a los dieciséis años²⁹². Ello significa, que la realización de un acto sexual con menores de dieciséis años es constitutivo de delito, salvo que se trate de relaciones sexuales consentidas con personas próximas al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.
- b) Se establecen agravaciones si además concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Para el caso de los

²⁹¹ La elevación de la edad del consentimiento sexual de los menores, que pasa a ser los dieciséis años. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada en todo caso como delito, salvo que se trate de relaciones consentidas con persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Se establecen agravaciones si además concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso canal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad -de menos de dieciocho años- pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

²⁹² Anterior a esta reforma, la edad de consentimiento sexual de los menores que se establecía era la de trece años. Una edad que resultaba estar muy por debajo de la que se regulaba en nuestro entorno, donde la edad mínima se sitúa cercano a los quince o dieciséis años, por lo que se situaba en la más baja del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del CP español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de la Infancia y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

menores de edad –mayores de dieciséis- constituirá abuso sexual la realización de actos de carácter sexual en donde intervenga engaño o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

c) La especial atención en la persecución de las actividades relacionadas con la pornografía infantil dado el especial protagonismo que habían adquirido desde la aparición de Internet. En este sentido, las modificaciones realizadas se pueden resumir en:

1) La aparición en el Código Penal de una definición legal de pornografía infantil, que durante años había sido reclamada por la doctrina y la jurisprudencia²⁹³.

2) Se incorpora un tipo hiperagravado -art. 189.3-, en donde se hace un tratamiento diferenciado de aquellos supuestos descritos en el art. 189.1 a) que se cometan con violencia o intimidación.

3) En el art. 189.4 se incrimina la “asistencia consciente” a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad y personas con discapacidad. De este modo, junto a los actos de preordenación al tráfico de material pedófilo se intenta cercar toda actividad delictiva relacionada con la pornografía infantil.

4) En el art. 189.5, párr. 1º que ya venía regulándose el castigo del mero uso de pornografía infantil o material que haya sido elaborado con personas con discapacidad, es decir, la posesión simple, se añade

²⁹³ Como ya tuvimos oportunidad de exponer en el epígrafe correspondiente al análisis del concepto de material pornográfico, las expectativas creadas por la doctrina y la jurisprudencia alrededor del concepto fueron defraudadas. Hemos señalado al respecto, las diversas críticas vertidas a la descripción dispensada. Es más, el propio Informe que emitió el CGPJ el 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LO 10/1995, de 3 de noviembre, señaló que su redacción no contribuía a aclarar en demasía dicho concepto.

Para GARCÍA ÁLVAREZ, P., en MUÑOZ CONDE, F., (dir.), *Análisis de las reformas penales*, 2015, p. 175, es un término que resulta difícil de delimitar.

otra nueva conducta, la adquisición de dichos tipos de materiales para consumo propio. Además, se incorpora un segundo párrafo para sancionar «a quien acceda a sabiendas» a estos tipos de materiales por medio de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. De nuevo la pretensión legislativa es la de criminalizar toda forma o medio que permita acceder a este tipo de material, siendo consciente del avance tecnológico de la sociedad.

6) La redacción del art. 189.8 reconoce la potestad de los Jueces y Tribunales para ordenar las medidas necesarias para: a) retirar las páginas webs o aplicaciones de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección y b) bloquear el acceso a usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Es una medida que ha sido bien acogida por la jurisprudencia y que puede aplicarse a otras conductas criminales como, por ejemplo, el terrorismo, siendo más habitual en los delitos como el tráfico de drogas con respecto de la droga incautada, aunque, poco utilizada en los delitos relacionados con las nuevas tecnologías²⁹⁴. Del mismo modo, la FGE también ha valorado positivamente en su Informe esta medida cautelar, que puede ser adoptada a petición suya²⁹⁵, aunque el propio Ministerio Público reconoce lo complejo, lento y difícil que es retirar de la Red el material pornográfico detectado. No obstante, pese a que se presentó como una novedad el apartado octavo, la realidad es que ya existen reguladas tales medidas cautelares en la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de correo electrónico, en concreto, arts. 8 y 41.

²⁹⁴ Según sostiene MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Estudios sobre el Código*, 2015, p. 482.

²⁹⁵ Informe de la FGE, de 8 de enero de 2013.

Tras este breve recorrido legislativo en materia de delitos sexuales y particularmente, sobre el objeto de estudio de este trabajo doctoral, procedemos, a continuación, a analizar las distintas modalidades típicas conforme a su actual redacción, en virtud de la LO 1/2005.

III. LA CONDUCTA TÍPICA EN LA LETRA A) DEL ART. 189.1.

La letra a) del art. 189.1 Cp castiga con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilicare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

De lo anterior se desprende que las modalidades de pornografía infantil descritas en este precepto son cuatro:

1. Captación o utilización de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados.

2. Captación o utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico.

3. Financiación de cualquiera de las actividades anteriores.

4. Lucrarse con cualquiera de esas actividades.

Salvo la referencia expresa a las «*personas con discapacidad necesitadas de especial protección*», el contenido de la letra a) del art. 189.1, como se ha visto en líneas anteriores, tiene su origen en la reforma de 2010 del Código penal. En efecto, se ha señalado que la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la «*captación*» de menores o incapaces

para los fines descritos en dicho precepto, así como la conducta referida a quien se *lucra* con tales actividades. Y debemos recordar que su justificación material se basó en la obligación de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Esta ampliación del ámbito de lo típico dispensada, según sostiene Orts Berenguer, se debe al intento de evitar la impunidad de cualquier conducta relacionada con la pornografía en la que se encuentren incluidos los menores de edad y personas con discapacidad²⁹⁶.

Como afirma acertadamente este autor, con la primera de las conductas se podría haber abarcado la segunda, por cuanto que el hecho de captar o utilizar a estas personas para la elaboración de cualquier material pornográfico no es distinto de captarlas o utilizarlas con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Además, en cuanto a la tipificación de la financiación de tales actividades implica elevar a la categoría de delito lo que sería realmente una forma de participación, es decir, una cooperación necesaria para cometer las referidas acciones delictivas.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, a partir de estas líneas procederemos al estudio de la conducta típica de cada una de las modalidades típicas de pornografía infantil, pero significando de ante mano que las dos primeras tienen la misma estructura e iguales verbos típicos.

²⁹⁶ En este sentido, ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 262. Según señala el art. 189.1 a) presenta realmente tres modalidades típicas, en vez de cuatro, a saber: a) captación o utilización de los sujetos pasivos con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados; b) captación o utilización de los sujetos pasivos para la elaboración de material pornográfico; c) financiar o lucrarse con tales actividades.

1. CAPTACIÓN O UTILIZACIÓN DE MENORES DE EDAD O DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CON FINES O EN ESPECTÁCULOS EXHIBICIONISTAS O PORNOGRÁFICOS, TANTO PÚBLICOS COMO PRIVADOS.

La modalidad típica de pornografía infantil que se describe en este apartado, así como la siguiente reúnen las características de los tipos mixtos alternativos. A saber, contemplan una pluralidad de acciones, con lo cual, la realización de cualquiera de ellas es suficiente para constituir el tipo. Ello conlleva que cabrá apreciar un sólo delito cuando el sujeto activo que capta al menor o a la persona con discapacidad posteriormente, lo utiliza para los fines previstos en el tipo.

En las dos primeras modalidades la actuación del autor debe estar dirigida a la consecución de unas determinadas finalidades. Es decir, la captación o utilización de las víctimas podrán ser constitutivas de un delito de pornografía infantil siempre que se realicen con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográfico, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico. Piénsese, en quien utiliza a un menor no para un espectáculo pornográfico o para elaborar material pedófilo, sino para realizar la mendicidad. En este caso, si bien el acto llevado a cabo es la utilización, ésta se realiza con una finalidad distinta a la que se pretende castigar en los delitos de pornografía infantil. Precisamente por ello, estas dos modalidades típicas tienen que estructurarse en torno a unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo²⁹⁷ y

²⁹⁷ Respecto de las conductas que van acompañadas de unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo, señalan ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, ed. 8ª, 2019, pp. 259-260 que determinadas conductas descritas por el legislador llevan incluidas una determinada intención que ha de perseguir el autor «...una referencia anímica o intencional (o utiliza términos que de manera necesaria la entrañan), sin la cual la conducta deviene irrelevante. Estas referencias al ánimo, a la intención o a la finalidad con la que ha de actuar el sujeto activo pertenecen al tipo de acción, pues su carencia priva al comportamiento de significado...» «...y estos elementos no han de confundirse con el dolo». A este tipo de elementos subjetivos especiales del tipo que acompañan la acción es lo que Vives Antón denomina «*intencionalidad*

cuando ello ocurre, la doctrina ha señalado que constituyen lo que ha venido a denominar *delitos de intención*²⁹⁸ o de *tendencia interna transcendente*, y dentro de esta última clase, subdividiéndose en *delitos de resultado cortado* o *delitos mutilados en uno o varios actos*²⁹⁹. Así, trasladando tal clasificación a la captación o utilización de los sujetos pasivos para las finalidades descritas en el tipo, en nuestra opinión, constituirían delitos de resultado cortado.

La acción de «captar» es la primera que se describe en el tipo, introducida tras la reforma de 2010 Cp³⁰⁰. Ya el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, justificaba la necesidad de tipificar nuevas conductas como la referente a la captación de impúberes, púberes y adolescentes para su participación en espectáculos pornográficos. La justificación material de su tipicidad que se esgrimió fue el resultado de la adaptación de la normativa española a las exigencias derivadas de la DM 2004/68/JAI, relativa a lucha contra la explotación sexual de

objetiva». En el mismo sentido, BORJA JIMÉNEZ, E., *ADPCP*, t. 48, núm.1, 1995, pp. 140-141.

²⁹⁸ La categoría de los delitos de intención fue establecida por Binding, K. en 1902, distinguiendo entre delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado. Tal clasificación ha sido aceptada por nuestra dogmática unánimemente como señala BORJA JIMÉNEZ, E., *ADPCP*, t. 48, núm.1, 1995, p. 140, nota a pie núm. 126.

²⁹⁹ Según la clasificación de los tipos que ofrece Roxin, C., se distingue los *delitos de intención* o *delitos de tendencia interna transcendente*, que se subdividen a su vez en *delitos cortados de resultado* y los *delitos mutilados en dos actos*. Pues bien, en los primeros, el segundo resultado posterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional. Y en los segundos, el resultado adicional ha de ser provocado por una acción posterior. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2ª ed. alemana, traducción por LUZÓN PEÑA, D.L., p. 317.

³⁰⁰ Antes de su tipificación expresa por la reforma de 2010 la acción típica captar sólo podía castigarse como tentativa respecto de la «utilización». Sin embargo, la FGE en la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, incluía dentro de la conducta utilizar, conductas como la de captar menores o convencerles para que se prestasen a la elaboración de material exhibicionista o pornográfico.

los niños y la pornografía infantil y que actualmente está sustituida por la Directiva 2011/93/UE.

Con la transposición de esta Decisión Marco quedó patente la voluntad del legislador de introducir una conducta nueva y distinta a la de *utilizar*. De hecho, literalmente los verbos «*captar*» y «*utilizar*» no tienen el mismo significado. «*Captar*» significa atraer o ganar la voluntad de una persona mientras que el verbo «*utilizar*» significa aprovecharse de una persona o cosa. Así, dentro del contexto del art. 189.1 a) «*captar*» equivale a ganarse la voluntad o convencer a una persona para que participe en espectáculos exhibicionistas o pornográficos sin necesidad de utilizar a la persona en dichos espectáculos.

A tal efecto, la doctrina no se ha mostrado pacífica en cuanto a su incorporación al texto legal. En efecto, para un sector doctrinal la redacción dada al artículo 189.1 a) despejaba posibles dudas que pudieran surgir sobre la interpretación del tipo penal al tipificarse expresamente «*captar*» junto con la de «*utilizar*». Ahora bien, muestran su objeción respecto el establecimiento de la misma pena para ambas conductas, no faltándoles razón en su afirmación, en tanto que estas dos conductas comportan distinta gravedad en relación con el bien jurídico protegido³⁰¹. De manera distinta a tal planteamiento, otros autores arguyen que si bien es cierto que la conducta «*captar*» se recogía en la DM 2004/68/JAI en el art. 2. b), no es menos cierto que tal conducta se hallaba suficientemente incluida en el art. 177 bis referente a la trata de personas para su explotación sexual y cuyo tipo incluye la pornografía en el apartado 1. b). Por consiguiente, para este sector doctrinal la previsión simultánea de las dos modalidades típicas, es decir, el art. 189.1 a) y el art. 177 bis deviene en una duplicidad típica. En contra de tal postulado cabe esgrimir que tal solución puede

³⁰¹ AGUADO LÓPEZ, S., en BOIX REIG, J., (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 392.

plantear problemas concursales y, además, como añade Cugat Mauri, cada uno de los tipos referenciados posee distinta naturaleza, pues, según esta autora, la trata de seres humanos -art. 177 bis- tiene un sujeto colectivo, mientras que no sucede lo mismo con el delito de captación con fines exhibicionistas o pornográficos en el que el sujeto es individual, aunque el tenor literal de éste mencione «*menores de edad*» en su forma plural³⁰².

Por otra parte, de acuerdo con lo manifestado por Muñoz Conde y otros autores, el verbo «*captar*» amplía la tipicidad abarcando actos previos o actos preparatorios de las modalidades típicas reguladas en la letra a) del art. 189.1³⁰³, lo que puede suscitar cierta confusión por su ambigüedad, pues no queda lo suficientemente clara la finalidad que se persigue pretendiendo usar a un menor en un espectáculo exhibicionista o bien en la elaboración de material pornográfico. Bajo esta premisa por tanto, no encajaría dentro de la letra a) la captación que no vaya dirigida con fines o a participar en actos exhibicionistas o

³⁰² CUGAT MAURI, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2010, p. 241.

³⁰³ Del mismo modo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., 2013, p. 242; *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 226. Asimismo, para este autor queda fuera del ámbito típico de la captación, la visualización de una actividad sexual y la que no está dirigida a elaborar material pornográfico como, por ejemplo, el hecho de que el menor se masturbe delante de una cámara web. Aunque para este caso cabría aplicar el artículo 189.4 Cp que contiene una cláusula abierta, y del que duda sea compatible con el principio de seguridad jurídica. Igualmente, para MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1227, incriminar la mera captación supone elevar a la categoría de delito consumado lo que en perspectiva de «*inter criminis*» no pasaría del estadio de tentativa o acto preparatorio, y si se observa, la conducta final no es en sentido estricto sólo la utilización del menor en un espectáculo, sino su utilización con fines exhibicionistas o pornográficos, concluyendo que tal modalidad podría incorporar sin forzar el tenor literal del precepto un acto de reclutamiento. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentario a la reforma*, 2015, p. 450, sostiene que tal conducta no debería pasar de tentativa o de un acto preparatorio, pero al dotarla de contenido lo suficientemente grave, el legislador la equipara a un delito consumado.

pornográficos tanto públicos como privados o a la elaboración de material pornográfico, sino más bien, la visualización directa de una actividad sexual, según señala Muñoz Conde³⁰⁴.

Realizando una comparativa entre los tipos descritos en los Capítulo II bis y el Capítulo V del CP cuyo bien jurídico, indemnidad sexual, coinciden, Muñoz Conde afirma que la conducta de «*captar*» está a un nivel superior con la tipificada en el art. 183 bis, la cual castiga al que determine a un menor de dieciséis años a realizar un acto sexual sobre sí mismo o sobre un tercero, y que presenta una pena de menor gravedad. En la que se requiere, además, el acercamiento del menor de dieciséis años. Pues bien, según asevera el autor, de darse un hipotético supuesto que fuera subsumible en ambos preceptos, es decir, en el art. 183 bis y art. 189.1 a), habría que aplicar el art. 189.1 a). Por el contrario, de tratarse de la captación de un menor de dieciséis años que se realizara a través de medios telemáticos, podría incardinarse en el art. 183 ter Cp referente al ciberacoso o *childgrooming*, dando lugar a un concurso de leyes que se resolvería a través del principio de alternatividad o consunción impropia³⁰⁵.

El segundo de los verbos típico que aparece es el de «*utilizar*», que literalmente significa aprovecharse o servirse de una persona como instrumento, por lo que de su tenor literal se desprende, que tal utilización consiste en emplear o servirse de los sujetos pasivos con dichas finalidades³⁰⁶. Precisamente por ello, aunque no se prevé

³⁰⁴ Para ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 450 se necesita algo más que un simple ofrecimiento a participar en este tipo de espectáculos para la aplicación de esta modalidad típica, por lo que, según matiza, ello requiere que el autor se gane o atraiga la voluntad del menor o persona con discapacidad.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 232. La misma opinión esgrime SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., 2016, p. 286.

³⁰⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., 2016, p. 286, señala la descripción pobre y defectuosa que realizo

expresamente en el tipo, se requiere que la intervención de la víctima sea activa, esto es, el sujeto pasivo ha de exhibirse en actitud lasciva como objeto provocador o ha de participar en conductas pornográficas. En efecto, el sujeto pasivo tiene que participar activamente en actos con connotación sexual, a diferencia de lo que ocurre en el delito de exhibicionismo en el que es un tercero quien realiza los actos de exhibición obscena, o en el delito de difusión de material pornográfico.

Esta actitud activa del sujeto pasivo puede consistir en realizar actos de significado sexual en solitario o bien con otras personas mayores o menores de edad, lo que conduciría en este último caso a un concurso de delitos con el de abuso o agresión sexual como así se refleja en la STS 947/2009, de 2 de octubre (RJ 2009/5988).

Por otro lado, tanto la captación como la utilización de la víctima debe realizarse con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Ahora bien, una cuestión es lo que aparece descrito y otra muy distinta tener que interpretar, por su falta de precisión, qué pretende sancionar el legislador cuando menciona «...*con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos* ...». En este punto se trata de identificar cuándo se está ante un espectáculo exhibicionista o bien pornográfico. De ahí que ciertos autores manifiesten sus dudas sobre dónde incluir determinados supuestos, es decir, si dentro del contexto de espectáculo exhibicionistas o bien pornográficos. Uno de estos autores, en concreto, Carmona Salgado planteó para distinguir entre pornografía y exhibición considerar los elementos subjetivos especiales que acompañan a las acciones típicas. A saber, para conseguir tal

el legislador al no dejar lo suficientemente claro los elementos esenciales de su contenido, lo que puede provocar a la postre, que haya errores sobre el alcance de ésta, sobre todo, cuando de su concreción se trate con respecto a la segunda modalidad de explotación que aparece en la letra a) del art. 189.1 Cp, es decir, en cuya elaboración hayan sido utilizadas esos sujetos y que gira en torno al concepto de pornografía infantil.

distinción conforma la hipótesis de conectar la conducta exhibicionista con la muestra de sus respectivos cuerpos, total o parcialmente desnudos. Señalando, a su vez, que éstas pueden ir acompañadas de la ejecución, al mismo tiempo, de prácticas sexuales de cualquier índole y entidad, ante el propio agente o ante terceros, de forma íntima o en espectáculos o locales públicos o privados³⁰⁷. Por consiguiente, llega a la conclusión de que el hecho de mostrar parcialmente desnudo al sujeto pasivo, conlleva incardinar tal conducta en la de utilización para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, por cuanto que el supuesto representa una exhibición del cuerpo de la víctima³⁰⁸.

³⁰⁷ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal*, 2004, pp. 296 y 297.

Por otro lado, ha sido el criterio mantenido por la jurisprudencia del TS e incluso en la de los Tribunales menores antes de que se operara la reforma de 2015. A modo de ejemplo, cabe destacar entre otras, la STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 2000/9157) que define el contenido del tipo según dos modalidades contenidas; «...la primera, la utilización de un menor de edad o un incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que es compatible con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado, comprendiéndose bien la exhibición sólo para el propio sujeto activo del delito, en cuyo caso la consumación es simultánea, o bien la realización de reportajes fotográficos o vídeos cuyo destino ulterior sea la cesión, transmisión o difusión, retribuida o gratuita a terceros. Ello necesariamente implica la existencia del ánimo tendencial del agente autor del reportaje para su posterior exhibición a otras personas, siendo indiferente que se produzca en un ámbito público o privado y también del número de personas destinatarias de aquella. La segunda se refiere a la utilización de dichas personas especialmente protegidas en espectáculos exhibicionistas o pornográficos ...»; o la SAP de Asturias 469/1999, de 24 de junio (ARP 1999/2176) al señalar que la conducta «...se concreta en la mostración de su cuerpo, total o parcialmente desnudo, acompañado o no de la ejecución coetánea de prácticas sexuales de cualquier índole ante el propio agente o ante terceros, ya sea de modo particular, ya en espectáculos o locales públicos o privados y en el segundo supuesto previsto, se concreta en que éste se sirve de los menores o incapaces para la realización de prácticas obscenas, que pueden ser, a su vez, fotografiadas o filmadas a efectos de su ulterior publicación o venta al público ...».

³⁰⁸ La utilización de los sujetos pasivos en espectáculos exhibicionistas es un delito de mera actividad que ha de presuponer el requisito de la lascivia, como así lo reconocen RODRÍGUEZ RAMOS, L., en RODRÍGUEZ RAMOS, L./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., *Derecho Penal. Parte Especial I*, 1998, p. 187. En la misma dirección, se inclinan las SSTs de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990/4142), 1315/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995/9441); SAP de Alicante 501/2002, de

Distinto al supuesto reseñado, Conde-Pumpido Ferreiro advierte que la muestra de los genitales de los sujetos pasivos en público, quedaría subsumida en el concepto de espectáculo exhibicionista y por extensión también debería incluirse dentro de esta modalidad comisiva, la ejecución en público de actos sexuales con la intención de ser contemplados por terceros de forma voluntaria³⁰⁹. Sin embargo, actualmente tras la inclusión de un concepto normativo de pornografía infantil al texto legal, esta afirmación queda desfasada, en tanto que, más bien, tal supuesto constituiría la realización de un espectáculo pornográfico.

Pese a estas disertaciones, la discusión en la actualidad ha quedado superada para la doctrina mayoritaria al considerar que la exhibición es una situación equiparable a la aparición de los sujetos pasivos desnudos para su contemplación con fines sexuales, es decir, obteniendo placer sexual al visionarlos, mientras que por pornografía asumen toda representación de los órganos sexuales con fines sexuales³¹⁰.

Distinto a lo anteriormente expuesto, es necesario hacer referencia a la cuestión suscitada en la doctrina en torno a si debe considerarse implícitamente la finalidad exhibicionista o pornográfica en toda

11 de noviembre (ARP 2002/870) basta con avivar los instintos sexuales de los presentes en aras de lograr la excitación pretendida. La STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 200/9157) advierte sobre la necesidad de que tales actos o imágenes se dirijan a «satisfacer los deseos libidinosos del autor de las mismas o está preordenada a la exhibición a otros con aquél carácter». De igual forma, la citada Sentencia identifica el tipo con un delito de mera actividad a excepción de la «utilización de dichas personas especialmente protegidas en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Ya no se trata de un supuesto de tendencia sino de resultado».

³⁰⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado*, 2004, p. 583.

³¹⁰ Esta idea ya era defendida por DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 1998, p. 132, cuando habla de «actos lujuriosos u obscenos»

representación gráfica en la que aparezca el sujeto pasivo desnudo. Sobre tal interrogante propuesto cabe responder que, en principio, no toda representación gráfica del sujeto desnudo persigue tales finalidades. Piénsese, por ejemplo, el caso del padre que fotografía a su bebé mientras lo baña. En tal supuesto, el Tribunal Supremo ha venido considerando que deberá ser probada según refleje o no, una finalidad principalmente sexual³¹¹. En estos términos se expresa la STS 1342/2003, de 20 de octubre (RJ 2003/7509) señalando que «...la imagen de un desnudo (sea menor o adulto, varón o mujer) no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías puede posteriormente hacerse ...»³¹². Incluso la jurisprudencia menor vino a matizar sobre tales supuestos, que era innecesario el establecimiento de determinadas reglas para apreciar su observancia. Abogando, más bien, por una valoración de las circunstancias en las que haya sido realizada la imagen o imágenes y el fin perseguido con su realización. En efecto, un ejemplo de la defensa de tal valoración se observa en la SAP de Cádiz de 14 de enero de 2003 (JUR 2003/83290) cuando examina la naturaleza de unas fotografías, resultando que «...lejos de revestir carácter neutro o inocente, reflejan el ánimo libidinoso que guiaba a su autor y colman las exigencias del tipo: las posturas nada

³¹¹ Sobre este hecho la SAP de Valladolid 866/2002, de 30 de noviembre (ARP 2002/849) definía fin pornográfico como «...todo aquel desprovisto de interés literario, artístico, científico o educativo, dirigido a provocar una reacción libidinosa de los usuarios ...».

³¹² En parecidos términos, la STS 492/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/2385) absuelve a la madre que fotografía a su hija menor de 12 años desnuda a pesar de que entrega las fotografías a una tercera persona que obtiene placer con su contemplación, porque la madre no hizo adoptar a su hija ninguna posición con significado sexual. El TS a este respecto afirma que: «...ninguna de las fotografías aportadas a los autos refleja, por lo demás, posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno; la niña (que a la sazón tenía entre ocho y nueve años) solamente aparece desnuda en una de ellas y con braguitas bikini o normalmente vestida en las restantes, mostrándose con la ingenuidad propia de su edad y de la confianza inherente a la presencia de su madre ...».

inocentes en las que los menores aparecen (rechazadas por ellas mismas) las poses, el área de su cuerpo reflejada en la fotografía, así como la intencionalidad que por la simple observación de éstas se detecta ...»³¹³.

Empero no será la única interrogante planteada con motivo de la imprecisión en la descripción del tipo. Así surge otra referenciada a la distinción entre los fines para los que se capta o utiliza a la víctima y cuándo su captación o utilización constituyen actos *per se* exhibicionistas o pornográficos. En este sentido, ya se adelantó *supra* que las acciones típicas necesariamente deben de ir acompañadas de unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo, que serían el fin o fines para los cuales se capta o se utiliza a los sujetos pasivos, y que son los que conforman el tipo. Aquí de nuevo, nos encontramos con distintos planteamientos, de este modo señalan algunos autores, que la diferencia entre ambos modos de captación o de utilización, esto es, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, radica en la inmediatez o temporalidad de tales actos. Por ende, se incardinará la conducta en “con fines exhibicionistas o pornográficos” cuando estas acciones tengan lugar sin la presencia de terceras personas y el autor de las imágenes pretenda la divulgación del material por cualquier medio apto. Al respecto, Rodríguez Padrón matiza que tal modalidad la constituiría la actuación privada, reservada o destinada a una sola persona³¹⁴. Sin embargo, González Cuellar-García es más bien

³¹³ Ahora bien, si la captación de la imagen de la víctima desnuda se hubiera llevado a cabo de manera subrepticia en el sentido de que estos sujetos no hubieren sido conscientes de la filmación o grabación, tal acción podrá incurrir en la conducta típica del art. 197.5 al lesionarse la intimidad y la propia imagen de los mismos. En este sentido, se refiere la Consulta FGE 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

³¹⁴ RODRÍGUEZ PADRÓN, C., *EDJ*, 2000, p. 29. En términos parecidos GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2004, pp. 361 y 362, asevera que caben tanto las exhibiciones o manifestaciones pornográficas privadas, a fin de ser utilizadas exclusivamente para el autor, y que

partidario en defender que el sustantivo «utilización» descrito en el supuesto de hecho del precepto es sinónimo de un empleo directo de los sujetos pasivos para el fin pornográfico o exhibicionista³¹⁵. Por su parte, Morales Prats/García Albero llegan a esta misma conclusión, pero de manera indirecta, es decir, a través del delito de exhibición, art. 185 Cp, cuyo artículo requiriere una relación directa e inmediata entre autor y la víctima del delito³¹⁶.

Por el contrario, se asevera que se comprenderá incluido en la modalidad de espectáculo exhibicionista o pornográfico, aquellos casos en que los actos son presenciados por terceros como espectadores, con independencia de que se haya pagado algún precio³¹⁷. Sobre esta modalidad se ha llegado a precisar que el hecho debe tener la mínima entidad para ser calificado como espectáculo, exigiendo para calificarlo como tal, la concurrencia como espectadores de cierto número de

serían aquellas referentes a los «fines» como las que se realizan para la elaboración de material pornográfico o en actuaciones públicas, más propias de ser entendidas como de «espectáculos».

³¹⁵ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, p. 2272.

³¹⁶ MORALES PRATS. F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1202.

³¹⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, p. 2272.

De contrario, DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía*, 2011, p. 62 manifiesta que el concepto de espectáculo hay que entenderlo en sentido amplio al incluir el propio tipo delictivo los términos público y privado, siendo irrelevante, por tanto, el modo de captar a la clientela o el número de asistentes. En esta línea ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *CEJ*, 2006, p. 3, considera que el término espectáculo admite un amplio significado que puede consistir en cualquier clase de representación escénica realizada en directo, con indiferencia de su publicidad o no. Para este autor no tiene importancia el número de personas que asisten a la función o montaje del mismo, y establece como ejemplo de argumentación, que es el propio DRAE en la segunda acepción de la voz espectáculo pone el énfasis en la representación misma sin mencionar el número de personas que debe presenciarla.

personas³¹⁸. Es más, se esgrime que al no determinar el legislador en su descripción el número de éstos, la conducta que involucrase o hiciese participar a menores en actuaciones pornográficas con publicidad tendría perfecta cabida dentro del concepto de espectáculo.

No fue lo único en lo que no se detuvo el legislador al describir el tipo. Como se observa, nada dice sobre la implicación que ha de tener la víctima en los espectáculos exhibicionistas o en la escena pornográfica para que incurra esta modalidad típica. Aunque a este respecto, la mayoría de la doctrina se inclina por defender que es irrelevante el grado de implicación del el sujeto pasivo en los espectáculos exhibicionistas o escena pornográfica³¹⁹. Para afianzar tal planteamiento destacan el supuesto de la utilización de un menor en

³¹⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 108; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentario a la Reforma*, 2015, p. 451, asevera que la actuación privada que se destina a una sola persona encaja dentro de la conducta de utilización con fines exhibicionistas o pornográficos.

Por otra parte, la Directiva europea 2011/92/UE, de 13 de diciembre, matiza que quedan excluidos de la definición de espectáculo pornográfico la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas.

A los efectos de la periodicidad y frecuencia del espectáculo exhibicionista o pornográfico, JIMÉNEZ VILLAREJO, C., en CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., *Comentarios al Código*, vol. 2, 2007, p. 1485 sostiene que, si la representación es periódica y frecuente, el mismo espectáculo constituirá normalmente un delito continuado.

³¹⁹ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1228. Para estos autores la «ratio legis» del precepto no limita el ámbito de aplicación del tipo a los supuestos en el que el menor es parte activa de escenas de tipo obscena, sino que el precepto abarca también conductas en las que el menor se limita a presenciar la conducta obscena protagonizada por mayores de edad y en tales casos, «...el menor queda involucrado en un contexto atentatorio a su indemnidad sexual ...». De la misma opinión, DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía*, 2011, p. 61; CUERDA ARNAU, M.L., *CDJ*, 1997, p. 208, manifestando que «...cuando la presencia del menor forme parte (como un intérprete más) de la representación en cuestión, aunque el «papel» que se le hubiere asignado sea meramente pasivo o ni siquiera llegue a aparecer desnudo ...».

una escena pornográfica en la que se limita a presenciar la sodomización de su propia madre³²⁰. Sin embargo, a nuestro juicio, este supuesto de hecho concreto genera cierta duda en cuanto a su observancia, puesto que tal conducta puede ser subsumida dentro del ámbito de aplicación del delito de determinación a un menor a participar en un comportamiento sexual, si se tratase de un menor de dieciséis años, art. 183 bis CP y si la acción se grabase por medios telemáticos, tal conducta incurriría en el art. 183 ter Cp referente al delito de ciberacoso o *childgrooming*.

En contra de lo manifestado por la mayoría de la doctrina que admite la pasividad de las víctimas en los espectáculos y, por tanto, la subsunción de tales hechos en el tipo penal, Orts Berenguer niega considerar inmerso en el tipo penal la actitud pasiva de las víctimas en los espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Abundando, señala el autor, que tal participación deberá ser una intervención significativa en las escenas exhibicionistas o pornográficas. No siendo suficiente para incardinar la acción en el tipo del art. 189.1 a), el menor que se limite a contemplar actos sexuales realizados por adultos, pues, según sostiene, tal supuesto de hecho encajaría mejor en el delito de exhibicionismo, art. 185 Cp³²¹.

Con todo, a nuestro juicio, cabe objetar a todas estas disertaciones en favor como en contra de la relevancia del grado de implicación que se ha de observar en el sujeto pasivo en las escenas exhibicionistas o pornográficas, a fin de aplicar el art. 189.1 a) o bien el art. 185 que, más bien, nos hallamos ante un problema de concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad. En efecto, el conflicto

³²⁰ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª ed., 2004, p. 371.

³²¹ En este sentido, ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 2004, p. 292.

concursal se resolvería a favor del art. 185 Cp para aquellos supuestos donde sea manifiesta la pasividad del menor en las escenas exhibicionistas o pornográficas, es decir, donde sólo sea un mero observador.

Para finalizar con el análisis de la primera de las figuras típicas, *captar o utilizar con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos*, caben reseñar algunos apuntes sobre la cualidad o naturaleza pública o privada de la representación exhibicionista o pornográfico. Sobre este particular, resulta indiferente la presencia o no del requisito de la publicidad en la conducta típica, puesto que su apreciación o no, no impide que siga considerando punible la conducta. No obstante, hay algunos autores como Conde-Pumpido Ferreiro que sostiene que el concepto de espectáculo va siempre asociado al de publicidad³²². A tal planteamiento cabe contestar que el término espectáculo presenta un segundo significado, el de realizar algo a la vista de otro, o bien, que puede ser visionado por terceros. Y es precisamente este último significado el elegido por el legislador en tanto que de forma concisa señala en el precepto que ese espectáculo puede ser tanto público como privado, es decir, visionado por otro de forma privada o visionado por terceros.

La jurisprudencia también ha tomado partido sobre la irrelevancia sobre el carácter público o privado que se menciona el art. 189.1 a) Cp. En efecto, tal cuestión es tratada en la SAP de Asturias 469/1999, de 24 de junio (ARP 1999/2176) en la que manifiesta que es «...indiferente la conducta que el acusado desplegó con los menores no haya tenido más destinatarios que su utilización particular y privada por el mismo ...»³²³.

³²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, c., *Código Penal Comentado*, 3ª ed., 2012, p. 602.

³²³ En términos parecidos se muestra la STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 2000/9157). Abundando en el matiz de público o privado, QUERALT JIMÉNEZ,

2. CAPTACIÓN O UTILIZACIÓN DE MENORES DE EDAD O DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA ELABORAR CUALQUIER CLASE DE MATERIAL PORNOGRÁFICO, CUALQUIERA QUE SEA SU SOPORTE.

La segunda modalidad de pornografía infantil descrita en el art. 189.1 a) Cp es la referente a la «captación o utilización de menores o personas con discapacidad para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte».

Para abordar su estudio se partirá de la interpretación literal de los verbos típicos *captar* y *utilizar* que, si se observa, coinciden con los establecidos en la primera modalidad típica. De esta manera, «*captar*» equivaldría a ganarse la voluntad o convencer a la víctima para la realización de alguna conducta sexual explícita o para que muestre sus órganos sexuales con fines sexuales; y «*utilizar*» la de emplear o servirse del sujeto pasivo como instrumento para que participe en actos con connotación sexual.

Pues bien, aunque los verbos utilizados son comunes en las dos primeras modalidades típicas, la finalidad que persigue el sujeto activo con su realización es diferente. Así, en esta figura típica la intención del sujeto cuando capta o utiliza a su víctima es para *elaborar* un material y que, a nuestro juicio, también puede ser entendida como sinónimo de para *confeccionar*, o incluso, para *fabricar*. En consecuencia, las acciones típicas han de consistir en ganarse la voluntad o convencer al sujeto pasivo para confeccionar un determinado material en el que quede representado todo tipo de prácticas obscenas³²⁴ o bien emplear a víctima como instrumento para que participe en la elaboración de

J.J., *Derecho Penal Español*, 2002, p. 138, engloba los locales donde se pueden desarrollar tales hechos en «legales o ilegales, públicos o privados, fiestas particulares, rodajes de películas».

³²⁴ Dicho material puede fotografiarse filmarse o grabarse para su posterior exhibición o difusión por cualquier medio apto, actualmente Internet, y en concreto, suelen ser difundidos por redes sociales –Twitter, correo electrónico, etc.-.

cualquier clase de material pornográfico. Ahora bien, el meritado material que se elabora sólo puede consistir conforme al concepto normativo de pornografía infantil, en virtud del último inciso del art. 189.1 Cp, y con independencia del soporte en el que quede registrado o grabado.

En cuanto al grado de implicación que han de demostrar los sujetos pasivos en esta conducta se ha manifestado, que éstos han de tener un papel provocador cuando están siendo utilizados para elaborar o confeccionar este material. Por consiguiente, no es suficiente para incardinar tales acciones en el tipo el mero hecho de participar de manera esporádica en el material pornográfico³²⁵.

³²⁵ Refiere la misma opinión SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal*, 2ª ed., 2016, p. 279.

A propósito de la intervención de los menores de edad, MORALES PRATS, F., *CDJ*, 2000, p. 196; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1297, acuñaron la terminología «captación subrepticia de imágenes» para referirse a aquellos supuestos en los que el menor no advierte que es objeto de una filmación o grabación pornográfica. Piénsese, en el supuesto del entrenador que filma a los menores duchándose tras el entrenamiento, sin que perciban que están siendo grabados. En efecto, acertadamente exponen estos autores que el precepto aplicable a tal supuesto no es subsumible en la modalidad típica del art. 189.1 a), sino que habría de incardinarse en el art. 197 Cp, en tanto que el autor de los hechos vulneraría la dignidad de las víctimas lesionando su derecho a la intimidad o la propia imagen mediante la grabación de imágenes sin su conocimiento. Por consiguiente, con tal conducta no existe afección alguna al bien jurídico, indemnidad sexual, ya que la implicación del sujeto pasivo es meramente pasiva y puede ser considerado como un objeto sexual provocador.

Evidentemente, el presente supuesto también englobaría una manifestación más de pornografía infantil siempre y cuando coincidiera con el concepto normativo de pornografía infantil, pero con la especialidad de que la víctima desconoce su aparición en el mencionado material. Pues bien, ante tal disyuntiva la doctrina plantea dos alternativas para solucionar el conflicto. De este modo, por un lado, se sostiene que habría de solucionarse mediante un concurso de leyes entre los artículos 189.1 a) y el art. 197.5 aplicando el principio de especialidad. Opción, que a nuestro entender sería la más correcta. A favor de esta tesis de aplicar el art. 197 se encuentran numerosos autores, entre otros, MORALES PRATS, F., *CDJ*, 2000, p. 197; ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, pp. 137 y ss.; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, pp. 248 y

La fundamentación material que se infiere del precepto es la de tipificar todas aquellas acciones en las que el autor se sirve de su víctima para que realice este tipo de prácticas sexuales y que están orientadas a la creación, fabricación del material pedófilo. De suerte que con el reproche penal desplegado se pretende evitar su posterior divulgación o distribución y que como señala expresamente el propio artículo puede realizarse *por cualquier medio*, incluso a través de Internet³²⁶ y con independencia del *soporte* en el que aparezcan registradas³²⁷.

ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2004, p. 178 y 267 y ss. Sin embargo, otros autores son proclives a defender otra alternativa como es la existencia de un concurso ideal de delitos entre ambos preceptos.

Distinto planteamiento es el defendido por BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Pornografía infantil en la Red*, 2008, p. 50, profundiza en la idea de descartar la afectación de la indemnidad sexual para los casos en los que se realiza la captación subrepticia de las imágenes del menor, que se realizan sin consentimiento de la víctima. De suerte que para este autor la afectación va dirigida contra la intimidad del menor y se le utiliza, aun sin ser consciente de ello, como un objeto sexual provocador. De esta manera, la víctima queda inmersa en un contexto sexual, aunque sea de manera pasiva; y ello no tiene relevancia a los efectos punitivos para establecer como precepto aplicable el art. 189.1 a), sin perjuicio de que pueda aplicarse el art. 189.2 de concurrir alguna de las agravaciones.

³²⁶ En términos parecidos se posiciona CARMONA SALGADO, C., COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 2000, p. 249, aunque obvia la cita expresa a Internet, pero señala que la pretensión legislativa es la de evitar «...un ulterior montaje del material»; CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 2004, p. 297.

³²⁷ Para la mayoría de la doctrina, la previsión «*cualquiera que sea su soporte*» incluida en el precepto constituyó un acierto legislativo en tanto en cuanto con ella se abarca todas las conductas posibles, independientemente del soporte en el que aparezca registrado el material pornográfico, es decir, bien en su forma tradicional como es el papel o bien en su modalidad digitalizada a través de las formas que permiten actualmente los medios tecnológicos. Sin embargo, MORALES PRATS. F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1227 esgrimen una opinión contraria, en el sentido de que para estos autores tal previsión era del todo innecesaria por cuanto que antes de su inclusión en el precepto, éste ya registraba suficiente amplitud para considerar cualquier modalidad de soporte incluida en el tipo.

La redacción dispensada al artículo, que se incorporó en 1999, no tiene el favor entre la doctrina toda vez que denuncian problemas de aplicabilidad para algunos supuestos determinados. A tales críticas se unen las dudas prácticas por parte de la jurisprudencia en orden a cómo interpretarla. En efecto, la labor legislativa fue duramente criticada por un sector doctrinal en tanto que aseveran que la nueva redacción es innecesaria dada la amplitud con que ya venía descrito el artículo con anterioridad, e incluso afirmando que ya queda comprendida dentro de la modalidad de utilización de las víctimas «...con fines pornográficos ...»³²⁸.

Por su parte, la jurisprudencia llega a significar la subsunción de acciones típicas en la STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 2000/9157) cuyo criterio es que el tipo referente a la utilización de los sujetos pasivos con fines exhibicionistas o pornográficos lleva implícito la elaboración de material pornográfico infantil. Con este planteamiento, el Tribunal Supremo reconoce expresamente que su ámbito de aplicación abarca sancionar «...la realización de reportajes fotográficos o vídeos cuyo destino ulterior sea la cesión, transmisión o difusión, retribuida o gratuita, a terceros, es decir, ello necesariamente implica la existencia del ánimo tendencial del agente autor del reportaje para su posterior exhibición a otras personas, siendo indiferente que se produzca en un ámbito público o privado y también del número de personas destinatarias de aquella ...»³²⁹. Por consiguiente, en tal fallo

³²⁸ En tal sentido, MORALES PRATS. F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1227; BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 528; RODRÍGUEZ PADRÓN, C., *EDJ*, 2000, pp. 30 y ss., habla de «...una muestra del ánimo exhaustivo en el agotamiento de las posibilidades de conducta que parece presidir varios apartados de la reforma».

³²⁹ La SAP de Asturias 469/1999, de 24 de junio (ARP 1999/2176) reconoce igualmente que «...la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos implica el fotografiado o filmado a efectos de su ulterior publicación o venta al público».

jurisprudencial se exponen las dudas sobre el interés práctico de la figura delictiva, al señalar que existe ya un tipo que la subsume. Abundando sobre la objeción de la dualidad típica, aparecen, entre otras, la STS 492/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/2385) en la que se destaca que la conducta típica de utilización de las víctimas para la elaboración de material pornográfico es sinónima de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o también aunque erróneamente denominado en la SAP de Sevilla 8/1998, de 30 de enero (ARP 1998/548) «...utilización de menores para fines sexuales ...»³³⁰. En este último asunto enjuiciado la conducta ilícita que se imputa a la acusada deviene de la toma de fotografías realizadas a su hija –donde aparece en algunas vestidas y en otras desnudas o semidesnuda- que fueron entregadas al otro acusado, quien las contempla para satisfacer sus deseos sexuales. Tales hechos implican realmente, en nuestra opinión, incurrir en la acción típica de utilización de su menor hija para la elaboración de material pornográfico infantil y, sin embargo, el Tribunal declara que los hechos se hallan subsumidos en la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos.

Pero no son los únicos fallos en los que se defiende la tesis de incluir esta segunda conducta típica en la primera de las tipificadas y referenciada a «...con fines exhibicionistas o pornográficos ...». En efecto, la jurisprudencia menor en otra de sus Sentencias afirma el reconocimiento conjunto de ambas figuras delictivas, en concreto, la

³³⁰ Es preciso atender al criterio seguido por el Tribunal Supremo no sólo por ser el superior jerárquico, sino también por la errónea denominación del tipo -pese a que en su FJ 14º señala que «...los acusados utilizaron a la niña B con fines exhibicionistas ...»-, así como otras imprecisiones que se observan en la Sentencia y que fueron corregidas por el Tribunal Supremo así, por ejemplo, la aplicación del art. 189.1 Cp cuando los hechos acaecieron antes de su vigencia de conformidad con la tesis marcada en la STS 483/1997, de 10 de abril (RJ 1997/2769).

SAP de Alicante 501/2002, de 11 de noviembre (ARP 2002/870) la cual señala, «...la toma de fotografías o de película de videos a menores desnudos o semidesnudos, en actitudes obscenas, como las realizadas a la víctima, supone la utilización del mismo con fines de exhibicionismo privado, y la elaboración de material pornográfico que exige el referido tipo del art. 189. 1 a) del CP, pues tampoco puede olvidarse que las fotografías tomadas no sólo servían para la obtención de placer sexual por el propio acusado, sino también para ser mostradas a los propios niños fotografiados ...». En términos parecidos, la SAP de Valladolid 866/2002, de 30 de noviembre (ARP 2002/849) castiga al acusado «...como autor de diez delitos continuados de utilización de menores con fines pornográficos ...», cuando la conducta típica consiste en tomar fotografías a menores de tres años desnudos.

En parecidos términos, aunque refiriéndose en este caso a la dualidad de verbos típicos en la segunda modalidad, es decir, captar y utilizar para elaborar, Begué Lezaún considera que se origina una reiteración de verbos típicos en la incriminación, por cuanto que por «utilizar» ha de ser comprendida la de «captar» directamente las imágenes o colocar a las víctimas en los escenarios o lugares donde hayan de ejecutar los actos exhibicionistas o pornográficos³³¹.

A todas estas objeciones que se han puesto de relieve se suman otros planteamientos jurisprudenciales, que van más allá de observar la reiteración de conductas en la descripción del precepto. En este sentido, se hallan Sentencias en las que se sostiene la innecesariedad de la segunda modalidad típica y reconocen que su supresión del texto legal no comportaría ninguna laguna de punición. Tal criterio lo fundamentan en que implícitamente la conducta de elaboración de material pornográfico engloba a la modalidad de utilización de los sujetos pasivos con fines exhibicionistas o pornográficos. Pero eso sí,

³³¹ BEGUÉ LEZAÚN, J., *Delitos contra la libertad*, 1999, p. 200.

matizan, que tal situación se producirá siempre y cuando exista sobre el material un ánimo tendencial del autor para posteriormente difundirlo, exhibirlo a terceros. La presunción de tal voluntad tendencial viene destacada en el Auto de la AP de Valencia 43/2002, de 6 de febrero (JUR 2002/113061) señalando que «...con la mera posesión del material en el que se contemple la grabación, puesto que posibilita una utilización posterior por parte del sujeto activo, sin control del mismo por la víctima».

Pese a estas manifestaciones jurídico-doctrinales en contra de la inclusión de la segunda modalidad típica, nos posicionamos en el lado contrario. Coincidimos con aquellos autores que apuestan por la criminalización individualizada de tal modalidad, por cuanto la acción de elaborar cualquier clase de material pornográfico del art. 189.1 a) permite dotar de un contenido independiente a la conducta de utilización de las víctimas con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Abundando en ello, de no decretarse una tipicidad independiente para ambas figuras delictivas, resultaría imposible aplicar la conducta de utilización de las víctimas para la creación o elaboración de material pornográfico en aquellos supuestos en donde no quedase demostrado el referido ánimo tendencial del autor para su posterior exhibición o difusión a terceros. Pues, piénsese, en el supuesto de la pareja en la que el adulto de 20 años graba con el consentimiento del menor de 16 años una relación sexual de ambos y el material queda posteriormente en manos del menor. En tal supuesto hipotético no existe riesgo ni voluntad de difundir las imágenes mientras que estén en poder del menor, habida cuenta que no ostentaría la posición ni la decisión de control sobre la grabación del material y, en consecuencia, anulándose su capacidad de actuar. Por el contrario, en el caso de que fuese el menor el que filmara la relación sexual libremente, sin injerencias del adulto, no cabría imputar ninguna conducta delictiva al mayor de edad, conforme a los términos

en los que está redactado el precepto. Sin perjuicio, de que en el caso de intervenir el adulto podrían aplicarse las normas generales sobre autoría y participación según el grado de implicación³³².

Cuestión distinta a la dualidad típica subrayada, Escudero-García Calderón plantea que la previsión referente a «...*que el material tuviese su origen en el extranjero o fuere desconocido*» y que, según la literalidad del precepto, viene referido en su descripción tanto para la letra a) como la letra b) del art. 189.1, que tal previsión debe ser comprendida exclusivamente para la letra a) del art. 189.1 conforme al principio de justicia universal. Pero matiza que siempre y en todo caso, se cumplan los requisitos establecidos por la reforma introducida por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LOPJ en materia de justicia universal. A saber, que el responsable del ilícito penal internacional sea español o extranjero con residencia habitual en España, o que la víctima sea española³³³.

Sobre esta consideración habría que reseñar que, dado el giro evolutivo actual que ha mostrado el desarrollo de la tecnología, puede darse el hipotético supuesto que los sujetos pasivos de estas conductas puedan ser utilizados en espectáculos pornográficos y tal espectáculo llegue a otros usuarios sin necesidad de elaborar previamente el material pornográfico. Piénsese, en el caso de que a través de una webcam se transmite en directo *-streaming-* a través Internet un espectáculo pornográfico en el que intervienen menores y al que por su medio de difusión tienen acceso en tiempo real, miles o millones de personas. En parecidos términos y con acierto, Orts Berenguer matiza la imposibilidad de incriminar a través de la letra a) del art. 189.1 al

³³² Supuesto de hecho juzgado en la SAP de Valencia 43/2002, de 6 de febrero (JUR 2002/113061).

³³³ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Reforma*, 2015, p. 451.

usuario que a través de *streaming* ve el espectáculo y también lo graba, puesto que al no tener el usuario trato directo con las víctimas, sólo cabrá responsabilizar por la vía de la letra b) siempre y cuando lo difunda posteriormente³³⁴.

3. FINANCIACIÓN DE CUALQUIERA DE LAS ACTIVIDADES ANTERIORES.

La tercera de las modalidades típicas que aparecen reguladas en el art. 189.1 a) Cp es la relativa a «*financiar cualquiera de estas actividades*». Su incorporación al texto legal en 1999 trajo consigo la anuencia de algunos autores como Morales Prats/García Albero, para quienes su integración era necesaria como categoría autónoma de la autoría material. En consecuencia, según advierten, si no se hubiese previsto tal conducta, los supuestos de asistencia al espectáculo pornográfico o exhibicionista o inclusive la compra de una entrada sólo cabría la opción de poder ser sancionados a través de la figura de la cooperación necesaria³³⁵. En términos parecidos, Tamarit Sumalla interpreta este tipo como una decisión político-criminal de asimilar a los comportamientos propios de la autoría, hechos que de otro modo habrían sido meramente constitutivos de cooperación necesaria³³⁶.

Pues bien, en cuanto a la interpretación literal y de acuerdo con el DRAE, «*financiar*» supone «aportar el dinero necesario para el funcionamiento de una empresa» o «sufragar los gastos de una actividad».

Ahora bien, pero qué pretende englobar el legislador con el verbo típico *financiar* en el contexto de pornografía infantil. A este respecto,

³³⁴ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 130.

³³⁵ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, 1227.

³³⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 109.

la doctrina no ha sido pacífica a la hora de delimitar su alcance. De un lado, y desde el punto de vista del bien jurídico protegido, indemnidad sexual, a nuestro juicio, parece más adecuado realizar una interpretación restrictiva. En el sentido de plantear de que sólo son relevantes penalmente las aportaciones significativas para la realización o mantenimiento de las conductas anteriores. Es decir, en hipótesis cabría pensar que la realización de tal figura implica la ejecución de actos de cooperación necesaria para llevar a cabo las conductas descritas en el precepto. Antes al contrario, si se atendiese al tenor literal del precepto, la conducta típica comportaría cualquier aportación económica, por ejemplo, la compra de una entrada o de una película. De este modo, para la mayoría de los autores el término financiación vino siendo considerado como algo parecido a la aportación de medios financieros o económicos, que se realiza para cubrir los costes de esa actividad o la remuneración a los ejecutores de la misma³³⁷. Entre los supuestos más comunes destacaban la facilitación del dinero que va destinado a comprar la voluntad de los propios menores o de las personas de quien éstos dependen, o bien, a sufragar los gastos que se originasen de la organización, montaje y desarrollo de los espectáculos³³⁸, por consiguiente, para ellos no cabe imputar dicha actividad a los individuos que compran pornografía infantil³³⁹.

³³⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado*, 2012, p. 695.

³³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (dir.), *Código Penal*, 4ª ed., 2011, p. 851.

³³⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., 2002, p. 238; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 112, incluían la figura del asistente a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en esta modalidad. No obstante, como se ha señalado supra, el postulado ha quedado superado tras la reforma producida en 2015 que criminaliza en el art. 189.4 al asistente que a sabiendas concurre a este tipo de espectáculos.

Consecuentemente, y desde esta perspectiva, los actos de colaboración o complicidad como, por ejemplo, comprar una entrada o una película serían atípicos³⁴⁰ o incluso el supuesto hipotético de la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos tampoco podría ser incardinada en la figura típica de la financiación de estas actividades. Por ende, ante tales situaciones se plantea un problema de impunidad. En efecto, ante estas hipótesis la doctrina propone para solucionar su impunidad dos posibilidades: de un lado, algunas voces sugieren para solucionarlo la aplicación del art. 450 Cp. El art. 450 comprende una opción firme a tener en consideración, por cuanto que castiga al sujeto que pudiendo intervenir, y no existiendo riesgo propio o ajeno, no impida la comisión de un delito, mencionando el propio artículo, entre otras materias, a la libertad sexual.

En principio, ante la comisión de tales supuestos podrían darse las características necesarias para observar el tipo del art. 450, en tanto que el delito se consuma posteriormente a la entrada del sujeto - asistencia al espectáculo- y, en consecuencia, ostenta la opción de hacer lo posible para evitarlo. En cualquier caso, si bien es cierto que la aplicación en teoría de este delito sería posible para estos supuestos, en la praxis no se ha demostrado semejante opción³⁴¹.

De otro, se postula la necesidad de realizar una interpretación amplia del tipo, que posibilitará incriminar la figura del asistente a estos espectáculos con una perspectiva de futuro³⁴², en tanto que se

³⁴⁰ DÍAZ MORGADO, C., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2015, p. 708. Para esta autora la financiación de las conductas del art. 189.1 a) consistiría en una modalidad específica de inducción. Tal postura no la compartimos, pues, más bien, se trataría de una especie de cooperación necesaria.

³⁴¹ De la misma opinión, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 266.

³⁴² CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal*, 2004, p. 297.

afirma que el cliente con su contribución económica promueve la comisión del delito. Así, tal planteamiento conlleva situar en el mismo nivel tanto a un explotador del espectáculo como al espectador para evitar posibles lagunas de punición. Pues bien, a este respecto no compartimos tal planteamiento en tanto que no cabe la menor duda, que el que financia o explota la actividad origina una afectación mucho más grave sobre el bien jurídico, indemnidad sexual, que el que asiste al espectáculo o es cliente del mismo. Sin olvidar, además, que aquél que financia está ostentando el dominio del hecho en cuanto a la decisión de intervención en el espectáculo o en la elaboración del material pornográfico de los sujetos pasivos, algo que no puede afirmarse del espectador o asistente³⁴³.

Con todo, es necesario subrayar que esta laguna de punibilidad ha quedado superada tras la reforma de 2015, pues las conductas como la compra de una entrada o incluso la entrada gratuita son punibles en virtud del art. 189.4, a saber, la «asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos», por lo que a partir de entonces quedan subsumidas dentro de este tipo, la compra de una entrada o incluso la entrada gratuita, si además coincide en su realización el elemento subjetivo del injusto, «a sabiendas»³⁴⁴.

4. LUCRARSE CON CUALQUIERA DE ESTAS ACTIVIDADES

La última de las figuras típicas que se configuran en el art. 189.1 a) Cp, incorporada en la reforma de 2010, tiene como núcleo de la conducta el verbo típico «*lucrar*», es decir, lucrarse con cualquiera de las

³⁴³ De la misma opinión, BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, pp. 533 y 534; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 263.

³⁴⁴ En mi opinión, el fundamento de la punición de la conducta recogida en el art. 189.4 Cp sería el mismo que en el delito de posesión para uso propio de pornografía infantil, a saber, se castigan los usuarios finales y como medio de frenar la oferta de este tipo de material.

actividades reseñadas³⁴⁵. Respecto de este tipo penal, que no preveía la DM 2004/68/JAI, un sector de la doctrina ha cuestionado la necesidad de su incorporación al texto legal, y no les falta razón en ello, puesto que su no inclusión no hubiera originado ningún vacío de punibilidad, por cuanto que ya se encuentra tipificada la utilización de los sujetos pasivos con tales fines, o incluso la conducta de financiación de tales actividades.

A este respecto, llama la atención que en estas dos últimas modalidades típicas sus núcleos esenciales, es decir, sus verbos típicos, sólo aparezcan relacionados con actividades de pornografía infantil, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los delitos patrimoniales de enriquecimiento donde la finalidad de «lucro» constituye un elemento subjetivo distinto al dolo y, por ende, formando parte del tipo subjetivo.

Dejando atrás este pequeño inciso, sobre el tipo se plantea la duda de si existe alguna relación entre financiar las actividades de pornografía infantil y lucrarse con ellas. Para dar respuesta a esta interrogante hay que partir de su interpretación gramatical. Pues bien, según el DRAE, son dos acepciones las se ofrecen para el verbo *lucrar*, de este modo, por un lado, lo define como «conseguir lo que se desea» y de otro, «ganar o sacar provecho de un negocio o encargo».

En principio, del tenor literal del precepto podría afirmarse que tal conducta implica ganar o sacar un provecho o beneficio de las actividades relacionadas con la pornografía infantil. No obstante, a nuestro juicio, si tal acepción es el alcance que comprende la conducta lucrarse, no le faltan razón a Morales Prats y García Alberó cuando la tachan de redundante. En efecto, sobre esta modalidad típica expresan

³⁴⁵ Esta figura delictiva no responde a una creación *ex novo* del legislador español, sino que trae causa de la transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI, sin embargo, el legislador ha ido más allá con su tipificación de los compromisos adquiridos en tal Decisión Marco.

que no es posible concebir ninguna forma de lucro que no pase por la previa captación o utilización de las víctimas, ya sea debido a la financiación o para su posterior producción, venta, distribución, exhibición de dicho material. De ahí que sostengan que es una conducta que posee una extensa descripción en las letras a) y b) del art. 189.1 CP³⁴⁶. Es más, para estos autores incluso la incriminación de la obtención de lucro abarcaría a los supuestos en los que la víctima haya sido captada o utilizada para elaborar material pornográfico, a los que también se refiere esta modalidad.

Finalizado el análisis de las modalidades típicas que conforman la letra a) del art. 189.1, a continuación, procederemos al estudio de los tipos penales que componen el siguiente tipo básico regulado en la letra b) del mismo artículo.

IV. TRÁFICO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, ART. 189.1 B) CP.

Como se ha señalado *supra*, tras las distintas reformas operadas –LO 11/1999, LO 15/2003 y LO 5/2010– que afectarán al art. 189.1, variando el contenido tanto de la letra a) como la b), la LO 1/2015, de 30 de marzo, se limita tan sólo respecto al mencionado artículo a incluir el concepto normativo de material pornográfico y a sustituir el término «incapaces» por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

Las distintas modalidades típicas contenidas en el precepto que analizamos, pueden agruparse en tres grupos: (i) las conductas relacionadas con la producción, venta, distribución o exhibición; (ii) las actividades de facilitación del tráfico de pornografía infantil; y (iii) la posesión de material pornográfico para la realización de cualquiera de

³⁴⁶ MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6º ed., 2011, pp. 1227 y 1228.

las conductas descritas relacionadas con el tráfico de pornografía infantil.

Cabe señalar respecto de su descripción legislativa, el gran número de verbos típicos utilizados para constituir las diversas conductas punibles. Esta variedad de verbos típicos dispensados puede plantear problemas interpretativos en orden a establecer el ámbito de aplicación de cada una de las figuras típicas. De ahí que un sector doctrinal, acertadamente, ha afirmado por un lado, que al considerarse a este tipo como un «delito de modalidad comisiva múltiple», la amplitud de los tiempos verbales empleados y de medios abiertos puede originar una confrontación con el principio de taxatividad, de certeza o determinación de la ley³⁴⁷; y de otro, que se predique una interpretación restrictiva del precepto, en concreto, respecto de la conducta de favorecimiento de la producción y difusión a terceros del material pornográfico.

³⁴⁷ En tal sentido, BEGUÉ LEAZÚN, J., *Delitos contra la libertad*, 1999, p. 204.

Asimismo, sobre el principio de taxatividad o de determinación de la ley penal, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva*, 2001, pp. 50-58.

Cabe reseñar, que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, de mera actividad y de consumación anticipada conformando un tipo abierto que permite una gran amplitud en el ámbito de los comportamientos típicos. Como señala, BORJA JIMÉNEZ, E., *ADPYCP*, t. 48, núm.1, 1995, pp. 146 y 147, otra subespecie de delitos de consumación anticipada son los delitos de peligro concreto o abstracto, en los que el legislador adelanta las barreras de protección del bien jurídico por razones de política criminal. En esta línea, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 374, mantiene que en los delitos peligro abstracto «...la probabilidad de lesión a determinados bienes jurídicos también sigue estando presente, si bien se encuentra en un estadio más lejano...» considerando, además, a estos como delitos de actividad. En los mismos términos, se expresa la SAP de Cádiz, 60/2004, de 22 de marzo (ARP 2004/162).

1. PRODUCCIÓN, VENTA, DISTRIBUCIÓN O EXHIBICIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1.1. Producción.

La producción de material pornográfico infantil constituye la primera de las conductas típicas que aparecen reguladas en la letra b) del art. 189.1 Cp.

Partiendo de su interpretación literal, de entre todas las acepciones que presenta el DRAE del verbo *producir*, la que más atañe respecto al significado del verbo típico en esta conducta es la de «*fabricar o elaborar*». Por ende, en principio podría considerarse del tenor literal del precepto que la justificación material ofrecida por el legislador es la de sancionar toda conducta en la que el autor fabrique o elabore por cualquier medio material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados las víctimas, aunque ese material tuviese su origen en el extranjero o fuese desconocido. Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal planteamiento no está exento de complicación interpretativa. En efecto, si se examina el contenido del verbo típico resulta que podríamos estar ante la duplicidad de figuras típicas, a saber, entre la elaboración de material pornográfico de la letra a) del art. 198.1 y la de producción por cualquier medio de pornografía infantil, art. 189.1 b). A este respecto, la jurisprudencia subraya la equiparación de ambos verbos, producir y fabricar, pero en el contexto del tráfico de drogas. Así, tal similitud se halla descrita en la STS 574/1999, de 14 de abril (RJ 1999/3120) así como la SAP de Madrid 109/2003, de 10 de febrero (JUR 2003/199316) al señalar, en concreto, ésta última que: «...fabricar o producir son términos sinónimos, aunque lo que el tipo pretende es abarcar tanto la elaboración, manufacturación, industrialización ...». Por consiguiente, subyace la primera de las dificultades que presenta la conducta típica, aunque no será ésta a la única a la que se hará frente.

De otra parte, la doctrina se cuestiona su delimitación y alcance, preguntándose qué persigue el legislador con su incriminación, además de señalar, que su redacción resulta ser poco clarificadora por cuanto que los significados que se le asocian al verbo típico son bastantes. Para tal fin, la doctrina intenta delimitar su alcance a través de una interpretación teleológica. Así, se predica la hipótesis de que con la conducta se criminaliza «...a quien toma, elabora, o confecciona las imágenes que luego van a constituir el material pornográfico a través del papel impreso o videográfico ...». De tal modo, que como acertadamente plantean algunas voces, la producción comprende toda actividad de procesado, manufacturación, y plasmación³⁴⁸ en un soporte. En tal sentido, piénsese, en un soporte digitalizado, las imágenes de los sujetos pasivos que han sido elaboradas previamente incluso por otro sujeto distinto al que realiza esta última conducta. De ahí que el legislador haya utilizado la cláusula abierta «*por cualquier medio*»³⁴⁹. Aunque a tal postulado se le objeta que, si bien dotaría de alcance al significado del verbo típico, éste no poseería independencia propia, puesto que tal acción puede ser interpretada como un proceso de facilitación de material pornográfico infantil, contemplado igualmente en el art. 189.1 b), o bien, en una forma de autoría o participación en el proceso de elaboración del material pornográfico descrito en el art. 189.1 a) Cp.

En la línea de objeciones que reseñan la posible dualidad de conductas típicas, Morillas Fernández subraya que tal coyuntura presenta problemas en el ámbito de aplicación de la conducta en la

³⁴⁸ Según DRAE el verbo *procesar* se define como someter una cosa a un proceso de elaboración o de transformación, mientras que *manufacturar* es fabricar con medios mecánico algo, a partir de una materia prima.

³⁴⁹ RODRÍGUEZ PADRÓN, C., *EDJ*, 2000, p. 35. Establece el supuesto del fotógrafo que realiza las imágenes de aquellos sujetos pasivos que han podido ser forzados por otra persona distinta, a fin de llevarlos al estudio fotográfico o la imprenta donde se edita la publicación de dicho material.

práctica³⁵⁰ e incluso insiste en la posibilidad de coincidencia con otras modalidades típicas que no consisten en elaborar material pornográfico. En efecto, para demostrar su tesis realiza una comparación entre la conducta de producción de material pornográfico y el supuesto de proporcionar los medios económicos necesarios para la elaboración definitiva del aludido material -por ejemplo, la realización del montaje, la encuadernación, o incluso la impresión, etc.-³⁵¹. De suerte que defiende la existencia de cierta cercanía entre la producción y otras figuras delictivas como la facilitación para la ordenación al tráfico o incluso con la financiación de cualquiera de las actividades relacionadas con la pornografía infantil.

Pese de estas disertaciones doctrinales, en nuestra opinión, cabe pensar, como ya ocurriera con otras modalidades típicas, que su inclusión en el precepto penal se fundamente en la decisión político-criminal de pretender ofrecer un catálogo, lo más amplio posible, de conductas punibles que luchen contra la comisión de actividades que están relacionadas con la pornografía infantil.

Con todo, y a diferencia de aquellos autores que sostienen que el verbo típico *producir* ha de ser comprendido como fabricar o elaborar, en nuestra opinión, más bien, debería ser sustituido por otra significación que ofrezca un contenido real. En este caso, promovemos que su significado sea sustituido por manufacturar, procesar. Pues de no

³⁵⁰ La figura del productor de pornografía infantil ha sido calificada por ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 2004, p. 293. como el autor de cualquiera de las conductas típicas descritas en las modalidades de la letra a) de art. 189.1.

Por su parte MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 276, defiende que es inútil la aplicación práctica de este tipo, esto es, del término producir regulado en la letra b). Pues según mantiene los verbos producir y elaborar son sinónimos. Y, por tanto, para el autor la elaboración del material pornográfico infantil ya aparece en la letra a) del mismo art. 189.1 Cp.

³⁵¹ De la misma opinión, BEGUÉ LEZAÚN, J., *Delitos contra la libertad*, 1999, p. 205; VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo*, 2004, p. 33.

ser así, la definición que actualmente se adopta para él, permite solamente considerarlo como lo que aparenta ser, es decir, una actividad de colaboración o cooperación en la cadena de creación que puede ser subsumido por el tipo referente a la «facilitación de material pornográfico». Y en este caso habría que cuestionarse si es o no operativo ³⁵².

Además de los planteamientos esgrimidos para descifrar la delimitación del verbo típico y su alcance. La doctrina también mostró su interés por resolver su ámbito de aplicación a través de descifrar la distinción entre el verbo *producir* pornografía infantil, art. 189.1 b) Cp y *elaborar* dicho material, art. 189.1 a), En efecto, la diferencia entre ambas conductas radica, según el acertado posicionamiento de la propia doctrina, en que las acciones típicas descritas en la letra a) del art. 189.1 Cp recaen sobre menores concretos y cuya afectación al bien jurídico protegido, indemnidad sexual, es directa. Piénsese, en la captación de los menores para convencerles de que se presten a ser fotografiados en una conducta sexual explícita. O bien, la afectación al objeto tutelado de forma indirecta, financiando la grabación de tal material o dejando un local para tales fines, etc.³⁵³.

Por el contrario, en el tipo regulado en el art. 189. b) Cp el sujeto activo actúa sobre un material que ya ha sido elaborado y en cuyo proceso de elaboración no ha participado aquél, por ende, la acción del autor no ha incidido sobre el bien jurídico indemnidad sexual³⁵⁴. En

³⁵² En tal sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 278.

³⁵³ La Consulta 3/2006, de 29 de noviembre de la FGE, estableció que la diferencia esencial de los tipos del art. 189.1 b) frente a los recogidos en la letra a) radica en que «...hay que entender que se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el éste haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas ...».

³⁵⁴ ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 2004, p. 293, expresa que la figura del productor, en algunas ocasiones, podría ser sancionado como autor de cualquiera de las modalidades típicas

parecidos términos, Sáinz-Cantero Caparrós asevera que la única diferencia entre ambos tipos es entender el concepto de producir pornografía infantil en un sentido amplio. Esto es, que producir abarca no sólo el proceso de creación de dicho material, sino, además, aquéllos actos que conlleven la intervención directa o indirecta en el proceso de producción. Y la conducta descrita en la letra a) del art. 189.1 Cp se limitaría a los casos en que haya una intervención directa de creación del material, castigando al que lo elabora, lo hace, toda vez que es en este supuesto donde hipotéticamente cabe la utilización de una violencia o intimidación sobre el que realiza este material pornográfico³⁵⁵. Es más, destaca que sólo en la conducta de «utilización de menores o personas con discapacidad para elaborar material pornográfico» se puede aplicar la agravación que contiene el art. 189.3 Cp, cuando tal conducta se haya realizado con violencia o intimidación, en tanto que tal agravación sólo abarca los supuestos del art. 189.1 a) Cp.

recogidas en la letra a) del art. 189.1 Cp, aunque desde nuestro punto de vista, ello ocurriría si el productor ha realizado directamente cualquiera de las conductas descritas en la letra a).

³⁵⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., en MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal*, 2º ed., 2016, p. 287. Para FERNÁNDEZ TERUELO, G.J., en CUERDA ARNAU, M.L., (dir.), *Menores y redes sociales*, 2016, p. 190, la diferencia entre las conductas descritas en la letra a) y b) del art. 189.1 Cp referentes a la modalidad de elaborar o producir material pornográfico es que la conducta de elaborar material pornográfico recae sobre menores concretos.

En los mismos términos, la STS 795/2009, de 28 de mayo (RJ 2009/4200) establece que la diferencia esencial de los tipos del art. 189.1 b) frente a los de la letra a) radica en que «...hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no del ánimo de lucro ...».

En cuanto a la aplicación de la agravante del art. 189.3 Cp, que sólo es de aplicación para los supuestos incardinados la letra a) del art. 189.1, se destaca en la STS 12/2015, de 20 de diciembre (RJ 2015/131).

En consecuencia, debe concluirse que siempre que exista una conducta que tenga una repercusión directa sobre el menor habrá de aplicarse el art. 189.1 a) Cp y no cuando se hayan obtenido unas imágenes de éste. No obstante, el Ministerio Público en su Consulta 3/2006, de 29 de noviembre³⁵⁶ matizó que por producción había que incluir aquellas «...acciones desplegadas ex post, sobre un material ya obtenido, pues la financiación de las actividades que tienden a la utilización de los menores habría de subsumirse en el tipo correspondiente a la letra a) del art. 189.1 Cp ...»³⁵⁷.

Finalmente, cabe subrayar que realmente en la *praxis* el tipo penal que se ha analizado carece de utilidad práctica para aquellos supuestos en los que el sujeto activo es la misma persona que ha incidido directamente en la conducta sexual del menor, elaborando el material pornográfico y posteriormente produciendo el material, por cuanto que la conducta quedaría subsumida en la de elaboración de material pornográfico infantil, art. 189.1 a). Y lo mismo sucede, en la comparación realizada sobre la producción de material y la conducta

³⁵⁶ En la Consulta 3/2006 del FGE sobre determinadas cuestiones relacionadas con el delito de pornografía infantil, p. 6, se señala que: «...dentro del art. 189.1 a) han de ubicarse todas las conductas en las que se opera con menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por el contrario, tanto en el tipo del art. 189.1 b) Cp... el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción inducido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a) del art. 189.1 Cp ...».

³⁵⁷ En el mismo sentido se manifiesta GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios prácticos al CP*, 2015, p. 589. Para otros autores como DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil*, 2011, p. 70, defiende la inclusión del término producción en la letra b) del art. 189.1 Cp como referente a actuaciones materiales como, por ejemplo, la del impresor o la de la fábrica donde se duplican las películas, y deja fuera de tal concepto las actividades de financiación o las tareas de organización de las sesiones de captación de imágenes, a las que las incluiría, más bien, en la letra a) del art. 189.1 Cp.

de financiar las actividades de pornografía infantil, puesto que no parece que sea la aplicación más correcta del tipo, toda vez que la letra a) del art. 189.1 Cp también recoge dicha práctica. Por ello es, que su ubicación sistemática carezca de relevancia³⁵⁸.

1.2. Venta.

En Derecho Civil, la acción de vender es entendida como «un contrato por el que una parte (vendedor) se obliga a transmitir una cosa o derecho a otra (comprador) a cambio de que éste se obligue a pagarle una suma de dinero llamada precio»³⁵⁹. Entre las principales características derivadas de esta tipología contractual cabe reseñar su naturaleza, que ha de ser: a) bilateral, por cuanto surgen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes; b) obligatorio, porque no produce la transmisión del derecho vendido, sino que obliga a transmitirlo mediante la entrega y, c) consensual, en tanto que se perfecciona por el mero consentimiento, sin necesidad de que la cosa ni el precio sean entregados.

La mayoría de doctrina penal acepta que el significado del verbo *vender* comprende la conducta de entregar o enajenar algo a cambio de

³⁵⁸ A propósito del Derecho comparado, la inclusión del aludido verbo en el tipo penal tiene sentido en legislaciones como la italiana, sancionándose en el artículo 600-ter del Codice Penale, únicamente, la realización de exhibiciones pornográficas y la producción de material pornográfico. Igualmente, y con connotaciones parecidas, también se recoge en el Derecho Penal alemán, en párrafo 184, la producción, adquisición, suministro, almacenamiento, etc. de material pornográfico infantil. O en el francés al tipificar la creación de la reiterada iconografía. La excepción a estas legislaciones penales aparece en la estadounidense, concretamente, en virtud de la sección 2256 párrafo tercero del US Code (de la misma forma se contempla un tipo en la sección 2260 del US Code referente a la producción de imágenes de contenido sexual de un menor con intención de exportarlas a EE.UU.), dicha significación se expresa como la «producción, dirección, emisión, publicación o anunciación» del referido material pornográfico.

³⁵⁹ ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II*, ed. 11ª, 2010, p. 12-14.

precio u otra contraprestación económica³⁶⁰, por cuanto que se infiere, que se está ante un contrato civil (compraventa) con la especialidad de que la transacción que se realiza tiene como objeto de comercio, una naturaleza ilícita. Es por ello, que el legislador ha considerado necesario tipificar tal conducta debido a la relevancia penal que ostenta el bien jurídico afectado.

Sin embargo, existen voces contrarias a la tesis de considerar la venta como la acción de la entrega de material pornográfico a cambio de una contraprestación económica. De este modo, Carmona Salgado basa su tesis contraria a la significación de la venta como entrega-contraprestación económica, señalando el momento de la consumación del delito. Es decir, para esta autora la venta se entenderá consumada en el instante mismo en que se oferta el material pornográfico al público sin necesidad de que exista un comprador, pues sólo el hecho de ofrecer el material pornográfico para enajenarlo, lleva implícito incurrir en el tipo penal³⁶¹, por lo que considera que la mera adquisición por el

³⁶⁰ Entre otros, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, 1999, p. 672; CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal Español*, 2004, p. 285.

³⁶¹ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal Español*, 2004, pp. 285 y 286. De igual forma, entre otros, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTEROS OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código*, 6ª ed., 2011, p. 1202.

Por otra parte, las SSTs de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2068) y de 26 de enero de 1990 (RJ 1990/515) reconocen este criterio.

En nuestro Código Penal el art.186, referente a la provocación sexual, exige que la venta se efectúe por cualquier medio directo, a saber, los sujetos activos deben estar físicamente presente en la conducta de difusión, venta o exhibición del material pornográfico, respectivamente efectuada por el agente, exigiéndose, pues, desde una perspectiva legal, la confrontación directa entre ambos sujetos. Así, se podría afirmar, que la diferencia entre el tipo del artículo 186 y el 189 del Cp radica en que, en el primero, la venta se consuma a partir del momento del careo directo entre comprador y vendedor, dado que el injusto sanciona la venta que se realiza a menores de edad y personas con discapacidad, siendo válida la realizada a personas mayores de edad. Sin embargo, en el segundo, el hecho de ofertar material pornográfico infantil al público será constitutivo de delito, siendo indiferente la naturaleza del comprador.

comprador debe considerarse como un hecho atípico. No obstante, la atipicidad de la que la autora hace mención ha variado sustancialmente desde la entrada en vigor de la LO 15/2003 en la que penaliza la posesión de pornografía infantil (actual art. 189. 5).

1.3. Distribución.

Algunos autores identifican la acción de *distribuir* con el sustantivo *difusión*³⁶². La primera consistiría en repartir, hacer llegar, entregar, etc. la información a un número más o menos amplio e indeterminados de personas³⁶³; y el segundo, la de hacer llegar a un colectivo todas las entregas, aunque éstas no se realicen a la vez, con independencia de que sea a título gratuito o lucrativo³⁶⁴. Así, no resulta baladí la tesis que plantean estos autores, en tanto que conforme al art. 189.1 b) cabe preguntarse si cuando el legislador desarrolló este precepto su pretensión consistía en ¿apreciar la distribución de manera independiente, o, por el contrario, quiso unir la distribución y la difusión de forma conjunta? La respuesta a esta pregunta, la podemos encontrar en la propia semántica del artículo, pues, se observa, que los verbos típicos utilizados por el legislador son los mismos, pero bajo la actividad de facilitación, incriminando la conducta de quien «*facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio*». De ello se infiere que para el legislador es lo mismo «*distribuir*» que «*difundir*», y ambos conceptos son sinónimos de «*divulgar*», puesto que en el primer apartado utiliza la palabra «distribución» y, en el segundo, el sustantivo «difusión». Si bien es cierto que «facilitar» es hacer posible una cosa, en Derecho Penal tal facilitación es una actividad con intención de

³⁶² En el sentido contemplado en el art. 186 del Código Penal, entre otros, PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, 1999, p. 672; BOLDOVA PASAMAR, M.A. en Díez Ripollés, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 537.

³⁶³ FERNÁNDEZ TERUELO, G.J., *BFDUNED*, 2002, p. 264.

³⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español*, 6ª ed., 2010, p. 592.

distribución o difusión, a saber, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal³⁶⁵.

Con todo, la doctrina no se posiciona pacíficamente a la de considerar esa posible dualidad de conductas típicas que acabamos de reflejar. En efecto, para algunos autores sólo se apreciaran ambas figuras delictivas (distribuir-difundir) siempre y cuando el material pornográfico se haga llegar a un colectivo y no sólo a un individuo³⁶⁶. Otros, sin embargo, afirman que podemos encontrarnos ante un vacío legal si se trata de hacer llegar algo a un solo individuo³⁶⁷. Y un tercer grupo, que apuestan por la creación de nuevos tipos

³⁶⁵ Sin embargo, en la doctrina italiana diferencia ambos términos, en el sentido de que la *distribución* va referenciada a la consigna o entrega de bienes tangibles o materiales, en cualquier tipo de soporte, mientras que la *difusión* se refiere a la entrega de bienes inmateriales o intangibles a través de ondas, circuitos, etc., sin hallarse reflejado en ningún soporte. Así, por ejemplo, el párrafo tercero del artículo 600-ter establece: «...quien, fuera de los casos mencionados en los párrafos primero y segundo, y por cualquier medio, incluyendo por vía telemática, distribuya, divulga, difunda, publicite o de material pornográfico en el primer párrafo, o revele información con el fin de solicitar los servicios u obtener la explotación sexual de los menores de dieciocho años de edad, será sancionado con prisión de uno a cinco años y una multa 2.582 a 51.645 euros». De esta forma, atenúa la responsabilidad de los sujetos activos en los supuestos de distribución, divulgación y publicación de material pornográfico infantil, dotando a la primera de un carácter indeterminado sobre los hipotéticos receptores, frente a la determinación implícita de la segunda. La solución a esta disyuntiva italiana, se basa en tipificar, de igual forma, la cesión de dicho material a otro individuo de manera consciente, aunque lo realizase a título gratuito (art. 600-ter párrafo cuarto).

³⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español*, 6ª ed., 2010, p. 592; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *BFDUNED*, 2002, p. 264. En Derecho italiano, DOLCINI, E./MARINUCCI, G., *Codice Penale Comentato*, 2ª ed., 2006, p. 3133; RUBERTO, en CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALÁ, G., *Commentario breve al Codice*, 1999, pp.1960 y 1961.

³⁶⁷ Opinión distinta es la manifestada por TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 110, al referir en relación al tipo de la distribución, que «...no hay inconveniente alguno para considerar perfectamente adecuadas al tipo las conductas de intercambio o transmisión de pornografía infantil por Internet o por cualquier medio que permita la tecnología existente en cada momento».

específicos, por ejemplo, el relativo a la cesión y el intercambio³⁶⁸. No obstante, a nuestro juicio, cabe objetar a esta última disertación que, tanto la cesión como el intercambio son una forma de facilitación a la distribución. Por ello, compartimos las manifestaciones realizadas en la STS 873/2009 de 23 de julio (RJ 2009/4613)³⁶⁹ cuando asevera al efecto, que en los supuestos de cesión e intercambio de material pornográfico infantil pueden incluirse dentro del tipo relativo a la facilitación. De este modo, la acción de facilitar la descarga de archivos, por ejemplo, sería similar a la conducta de distribución o difusión del material pornográfico infantil.

La jurisprudencia también ha tomado partido sobre la disyuntiva de considerar o no los verbos como sinónimos. Así, como puede observarse en la STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/331) se considera que la «distribución» es un concepto aún más restringido, puesto que implica tanto dividir algo entre varios como dar a cada uno lo que le corresponde. Aunque, también hallamos la STS 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/7297) que señala que «distribuir» posee otros significados como el «dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente», y a su vez, dentro del ámbito comercial es posible comprenderlo como «entregar una mercancía a vendedores o consumidores».

La labor jurisprudencial no se limita a resolver el aludido conflicto, sino que va más allá y destaca las posibles dificultades a la hora de discernir qué tipo delictivo en concreto puede aplicarse dentro del art. 189.1 Cp. Ejemplificando, se trataría del supuesto hipotético de aquella persona que haya participado en la elaboración del material

³⁶⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2004, p. 282.

³⁶⁹ En sentido similar, la STS 588/2010 de 22 de junio (RJ 2010/3724) «...el comportamiento delictivo objeto del proceso lo constituyen actos de distribución y facilitamiento de la difusión...».

pornográfico y posteriormente distribuye éste. Tal conducta sería constitutiva de un delito de utilización de menores regulado en la letra a) del art. 189.1, según establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la STS 947/2009, de 2 de octubre (RJ 2009/5988) afirma que se aplicará el párrafo a) y no el b) del artículo 189.1, cuando el distribuidor sea el que haya elaborado ese material pornográfico, considerando asimismo que no se trata de delitos independientes por cuanto que se formulan de manera alternativa y atacan al mismo bien jurídico. Y sólo cuando el delito de difusión tiene la autonomía que se predica es cuando surge como bien jurídico propio, a saber, la protección de la indemnidad sexual, dignidad y seguridad de la infancia en abstracto.

Por otra parte, la difusión o distribución de este material pornográfico como establece la propia letra b) del art. 189.1 puede realizarse por cualquier medio, destacándose en la actualidad la difusión a través de Internet³⁷⁰. En estos mismos términos, se manifiesta la STS 1074/09, de 28 de octubre (RJ 2009/5837) subrayando que la tipicidad resulta evidente, toda vez que mediante la utilización del sistema P2P se hace más sencillo y rápido la

³⁷⁰ En opinión de MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, 2ª ed., 2002, p. 102, la ausencia de protocolos de controles que intervengan o que regulen las operaciones que se realizan en Internet, comporta una de las críticas o hándicap que presenta la Red. En este sentido, se ha señalado que «Internet no tiene Presidente, o representante legal. No existe la figura de una autoridad máxima como un todo. En realidad, nadie gobierna Internet, no existe una entidad o ente que diga la última palabra». No está bajo la fiscalidad de ninguna empresa y de hecho son los propios usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento. Cada red integrante de Internet tiene sus propias reglas.

A propósito de esta figura delictiva y su expansión comisiva a través de Internet, MORALES PRATS, F., *CDJ*, 2000, p. 20, distingue entre los medios necesarios para la lucha contra esta tipología teniendo en cuenta, según se realice a través de las antiguas formas delictivas e Internet. Así, postula que los problemas principales de la efectividad de la represión penal del tráfico de pornografía infantil en la Red, no depende exclusivamente de la tipificación de las conductas en el Código Penal, sino de la propia lógica de funcionamiento de Internet y de la dimensión internacional de las conductas ilícitas a sancionar penalmente.

transferencia de archivos, los FTP, BBS, IRC, redes P2P³⁷¹, etc.³⁷². Asimismo, cabe reseñar que la utilización de Internet para difundir este material puede ocasionar problemas probatorios no sólo a la hora de determinar cuándo y dónde se ha cometido el delito, sino también probar los elementos objetivos y subjetivos del tipo. En tal sentido, dada la complejidad de la conducta de distribución, el Tribunal Supremo se ha tenido que emplear a fondo para solventar las disfunciones que se dan en sus resoluciones para solucionar estos casos. Tales controversias en los fallos, se pueden observar en la STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/331) en la que se enfatiza: «...el problema de la distribución, o en otros términos, facilitar su difusión, debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, por ejemplo, acreditando la llegada a determinados usuarios concretos,

³⁷¹ Las comunidades de intercambio de archivos son: FTP (File Transfer Protocol); BBS (Bulletin Board System); IRC (Internet Realy Chat). Estas son espacios en las que el administrador suele restringir la entrada a determinados usuarios, lo que provoca dificultades de localización de los contenidos ilegales. En concreto para participar de estos espacios, normalmente se exige formar parte de forma activa compartiendo pornografía infantil con otros usuarios lo que, a su vez, genera una renovación e incremento de este material en el archivo común. Así, los miembros que no compartan material en el tiempo establecido por el administrador son expulsados. Esta forma de actuar convierte al consumidor de pornografía infantil, al mismo tiempo, en distribuidor del meritado material.

Por lo que respecta a las redes de distribución P2P tienen como característica que los programas de soporte no necesitan un servidor central ya que se usa una estructura descentralizada. Así, las personas interesadas pueden acceder, en este caso, al material pornográfico que el resto tiene incluida en una determinada carpeta de su disco duro, conformando una gran base de datos. Según el programa que se utilice, por ejemplo, E-mule, E-donkey, entre otros, el sujeto que lo descarga y ejecuta, establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de usuarios del programa, los cuales inmediatamente pasarán a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento se encuentren conectados.

³⁷² Por otro lado, resulta interesante la STS de 2 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8165) en atención a las diligencias policiales de investigación y prueba, respecto a la posesión y distribución de los materiales pedófilos.

ajenos al autor de la difusión, o el dato de que el material ya se encontrara «difundido» en Internet, distribución de la que se habría servido el autor para «ver» y no para facilitar su difusión, pues tales archivos se encontraban a disposición de cualquier usuario que quisiera conectarlas, mediante la «bajada» de la red». Sin embargo, la STS 1055/2009, de 3 de noviembre (RJ 2009/7828) mantuvo una tesis más favorable a la subsunción de la distribución de pornografía infantil a través del mero empleo de las redes P2P fundamentando que «...hallarse insertado en Emule o Elephant lleva consigo la puesta a disposición de sus propios archivos, como algo inseparable de las descargas en favor de cualquiera de sus usuarios, y ello ha de considerarse distribución a los efectos del art. 189.1 b) del Cp, o al menos,... facilitación de la difusión»³⁷³.

En este contexto, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 27 de octubre de 2009³⁷⁴ unifica el criterio de los fallos dictados por el TS, a fin de evitar que se llegue por defecto a dictaminar que se incurre en la figura delictiva por el mero uso de los programas de descarga de archivos, lo que se denominó «*automatismo*» y cuyo contenido fue el siguiente: «...establecida la existencia del tipo objetivo de la figura del facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1 b) Cp, en cuanto al tipo subjetivo la verificación de la

³⁷³ En términos parecidos se manifiesta la STS 1074/09, de 28 de octubre (RJ 2009/5837) esgrimiendo que la tipicidad resulta evidente, pues mediante la utilización del sistema P2P se hace más sencillo y rápido la transferencia de archivos.

³⁷⁴ Este Acuerdo plenario, contiene un voto particular del Magistrado Sánchez Melgar en los siguientes términos: «...este Acuerdo significa que hay que estudiar, caso por caso, los pormenores de tal difusión en los supuestos enjuiciados, para decidir si se ha producido un acto de difusión que pueda incluirse en el tipo penal, lo que producirá sin automatismos referidos a la mera redistribución o redifusión que el fichero creado por defecto en el sistema informático al uso realice de forma mecanizada, es decir, en función del grado de conocimiento que el autor tenga de tal acontecimiento, de dónde habrá de deducirse el mencionado elemento subjetivo del tipo».

conurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa»³⁷⁵. En efecto, la STS 1016/2009 de 28 de octubre (RJ 2010/113) introduce esta tesis para determinar la concurrencia del dolo exigido en el tipo del art. 189.1 b) Cp analizando los hechos probados, especialmente, el conocimiento y aceptación por parte del acusado de que el sistema pone a disposición de los demás usuarios los archivos recibidos. El TS determina la concurrencia del dolo al quedar probado la utilización habitual del programa Edonkey y la realización de numerosas búsquedas realizadas a conciencia para lograr la descarga reiterada de fotos, videos pornográficos, con conocimiento de que el material así obtenido, pasa a una carpeta de descarga a la que otros usuarios de la Red pueden acceder. Asimismo, debe mencionarse la STS 236/2009, de 30 de enero (RJ 2009/451) que mantiene «...que el problema de la distribución, en otros términos, facilitar su difusión de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores...debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros...». Esta dificultad probatoria aparece cuando se utilizan determinados programas de Internet que permiten que, a través de ellos, el usuario pueda descargarse todo tipo de archivos, piénsese, música, películas, etc. sin que exista control alguno. Por consiguiente, sólo bastaría descargarse el programa base, por ejemplo, Emule, Utorrent, Edonkey y se guarda en una carpeta de archivos a compartir o carpeta *incoming*³⁷⁶. Conforme a este proceso, llamado *Peer to Peer* o *P2P*, no se puede hablar del tipo de distribución en sentido

³⁷⁵ Criterio asumido igualmente en STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/331); ATS 113/2015, de 2 de julio.

³⁷⁶ La principal característica de este tipo de programas es que no necesitan un servidor central, puesto que usan una estructura descentralizada, lo que provoca la dificultad de poder identificar a diferencia de lo que ocurre con las páginas Webs y con el correo electrónico.

estricto, aunque la acción esté incluida dentro de esta conducta típica, en tanto que no se ocasiona por parte del sujeto activo una entrega directa del material en cuestión, sino que terceros acceden a una carpeta concreta con la conformidad de su titular, de este modo si éste quisiera evitar que un individuo obtuviera el meritado material, bastaría con detener la descarga de archivos. En consecuencia, coincidimos con la doctrinal mayoritaria cuando califica el supuesto como «*distribución pasiva*»³⁷⁷, pese a las reticencias de algunos

³⁷⁷ Según datos de UNICEF, recogidos en un informe explicativo del Convenio para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, hay más de un millón e imágenes de diez a veinte mil abusos sexuales a niños. La *Internacional Association of Internet Hotlines* (INHOPE), en su informe anual de 2010 señala que recibieron 24.047 denuncias relacionadas con material de abuso sexual a menores en la web de las que un 9% (2.098) eran duplicadas; las víctimas de esos abusos eran un 77% de sexo femenino, en un 11% de sexo masculino y de ambos sexos en un 12%; el 4% de las víctimas eran niños, el 25% pubescentes y el 71% prepubescentes; en el 78% de los casos el material se encontraba libremente disponible para terceros y el 22% se exigía un pago para el acceso del referido material.

http://www.inhope.org/Libraries/Annual_reports/2010_Annualreport.sf.ashx (pp.15 a 18), (consulta realizada 25/10/18). ANESVAD en su *Informe sobre la pornografía infantil en Internet*, elaborado durante 2002, recoge el dato de que a nivel mundial existen más de 4.000.000 zonas de Internet con material de sexo con menores y que se crean al día 500 sitios web nuevos. Y la INTERPOL en su Informe anual de 2010, p. 18, indica que hasta la fecha se han identificado mediante su base de datos internacional de imágenes de explotación sexual infantil a 2025 víctimas de 40 países y a 1.1040 delincuentes.

En el caso de España, la Fundación ALIA2, en su informe Situación de la pornografía infantil en la Red, periodo 2010, constató, que a través de una herramienta informática que permite detectar diariamente el intercambio de archivos con posible contenido pedófilo mediante las redes P2P (programa Florencio), que España forma parte de la triada que encabeza la lista de los 10 países en los que se genera más intercambio de pornografía infantil a través de la red. En total dicho programa detectó 421.368 con contenido de pornografía infagntil entre líneas P2P, correspondiendo el 11% de los mismos a España, 21% a EE.UU. y el 7% a México. Asimismo, dicho informe recoge la existencia de 89.001 usuarios de las redes P2P que poseen archivos de pornografía infantil, siendo españoles un 18,47% del total de los usuarios. Consulta realiza 25/10/2018 en http://alia2.org/upload/51/45/DOSSIER_de_Situacion_de_la_Pornografia_Infantil_en_la_Red._Periodo_2010_.pdf

autores³⁷⁸, puesto que el sujeto activo pone a disposición sus archivos de material pornográfico infantil a través de programas específicos o en páginas Webs de forma que terceros lo pueden obtener, aunque no haya existido contacto directo previo o una entrega directa de éstos a ningún sujeto determinado³⁷⁹, o conversaciones mantenidas al respecto³⁸⁰. En esta misma línea, se pronunció la FGE en la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, donde asevera que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución, por cuanto que si bien el sujeto no envía directamente material pornográfico a los destinatarios, sí permite que otros accedan al mismo y en consecuencia, poniéndolo a disposición de terceros.

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones, a nuestro juicio, no habría ningún impedimento en colegir que, si tal conducta no encajara en la figura típica de distribución, tal supuesto podría ser incardinado

³⁷⁸ ROJO GARCÍA, J.C., *RDCRIM*, núm. 9, 2002, p. 247, manifiesta que los programas de archivos compartidos resulta difícil encuadrarlos en la conducta típica de la distribución. Defendiendo que tal acción es eminentemente activa, consistente en repartir algo entre varias personas, mientras que, por el contrario, en estos programas la difusión del material se realiza de manera pasiva.

³⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *BFDUNED*, 2002, p. 264, defiende incluir en la conducta típica de distribución de material pedófilo los supuestos en los que, mediante una serie de programas, los usuarios de los mismos comparten todo tipo de archivos en tiempo real y en distintos formatos con otros usuarios. Hay que precisar, no obstante, que en muchos casos su verificación dependerá de la prueba del elemento subjetivo.

³⁸⁰ SAP Sevilla 57/2003, de 28 de enero (JUR 2004/65626), en este caso el autor fue condenado por publicar en su página web imágenes de niños y niñas de corta edad con ropa de calle, trajo de baño y ropa interior, además de fijar enlaces a varias webs de pornografía, algunas con carácter pedófilo. En este procedimiento el autor fue considerado culpable, aunque dichas imágenes no se encontraban en su ordenador ni en su servidor. En el mismo sentido, se dictaron la SAP Sevilla 604/2005, de 30 de noviembre (JUR 2006/32522) y la STS 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241).

dentro del tipo de facilitar la distribución, también regulado en el art. 189.1 b) Cp.

Es más, se ha considerado oportuno castigar aquellos hechos en los que se constata que el material pornográfico infantil se halla en carpetas compartidas, accesibles a terceros, bajo los parámetros del tipo de distribución o bien subsumiéndolo en el tipo de facilitación de la distribución, con la excepción de aquellos casos en que no existan indicios relevantes para afirmar que el sujeto usuario de la Red conocía que estaba compartiendo sus archivos ilícitos con terceros. A este respecto, cabe subrayar lo manifestado por Fernández Teruelo, cuando mantiene que en tales supuestos surgen dudas desde el plano de la causalidad y/o imputación objetiva, basando su razonamiento en dos afirmaciones: la primera, que dichos archivos compartidos sugieren cierto interés para un determinado grupo de usuarios que inmediatamente pasan a estar en poder de múltiples sujetos. De ese modo, la descarga de archivos ilícitos por parte de nuevos usuarios ya no depende de la presencia o ausencia de uno o varios de los sujetos que lo comparten, pues ello puede ocurrir cuando se desconecta el ordenador y, sin embargo, la descarga del material en la red para otros usuarios no se ve modificada, prosiguiendo la normal descarga de archivos. Pues bien, según el autor, desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones, que el usuario comparta o no comparta el archivo es irrelevante, por cuanto la descarga del mismo se realiza a través de otras fuentes o usuarios. Y la segunda, es que este tipo de conducta típica que estamos analizando, se conforma como se ha señalado, como una conducta de facilitación de la distribución, coincidiendo con los postulados de la jurisprudencia³⁸¹, y en tal sentido, el mismo autor diserta que a mayor número de fuentes origen

³⁸¹ Entre otras las SSTs 797/2008, de 27 de noviembre (RJ 2009/171); 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241).

(poseedores que comparten el archivo) mayor velocidad de descarga; sin embargo, asevera, no faltándole la razón, que en el plano de la imputación objetiva, cuando este material es compartido -como suele ser lo habitual- por un número importante de usuarios, la presencia o ausencia de uno de éstos, no repercute y, por tanto, es irrelevante³⁸².

Este criterio es el sostenido por numerosas resoluciones que condenan por un delito de distribución de pornografía infantil a personas que en su ordenador personal tenían grabados archivos de vídeo y/o imagen de pornografía infantil, que se descargaban de Internet a través de los programas como Emule o Edonkey que permiten el acceso a las redes de intercambio de archivos P2P³⁸³. De este modo, las conductas fueron calificadas no sólo como «posesión» del material pornográfico infantil, sino también como «distribución» de dicho material, en tanto que a través de esos programas informáticos se permite el acceso de los archivos a terceros para su descarga, como se ha señalado anteriormente³⁸⁴.

³⁸² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios penales en homenaje*, 2013, p. 259.

³⁸³ El núcleo de los archivos que contienen pornografía infantil se localiza en las redes de distribución P2P que se caracteriza porque los programas de soporte o gestores de descarga no necesitan un servidor central, puesto que usan una estructura descentralizada. A través de este sistema, los usuarios pueden acceder al material (que puede ser lícito), que el resto tiene en una carpeta del disco duro de su ordenador, configurándose en una gran base de datos. Según el programa utilizado, el que lo descarga y ejecuta establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa, los cuales, inmediatamente, pasarán a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento estén conectados.

Dicho esto, es necesario matizar que en la actualidad los programas de distribución P2P han quedado desfasados, siendo sustituido este tipo de intercambio mediante el empleo de las redes sociales como Twitter, o bien por correo electrónico. De las últimas Sentencias dictadas en estos términos se cita la STS 240/2020, de 26 de mayo (RJ 1319/2020).

³⁸⁴ Así lo recogen numerosas SSTs, por ejemplo, 921/2007, de 6 de noviembre (RJ 2007/8271); 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241), 696/2008, de 29 de octubre (RJ 2008/5718); 739/2008, de 12 de noviembre (RJ 2009/167); 797/2008; de 27 de noviembre (RJ 2009/171); 829/2008, de 5 de diciembre (RJ

Aunque recientemente, también se observa la resolución de los asuntos en sentido contrario a tales planteamientos. En efecto, ello ocurre en la STS 559/2017, de 13 de julio (RJ 2870/2017) en la que se dictamina no haber lugar al recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia dictada por la AP de Huelva y que se expresa en los siguientes términos «Todo ello conduce de manera indefectible a una única conclusión: «...el poseedor de los archivos de pornografía infantil intervenidos puede tenerlos tanto con finalidad de difusión como para su uso personal, el beneficio de la duda debe aprovechar al acusado. Ignoramos a ciencia cierta el sentido y autoría de la tenencia, por vehementes que puedan ser las sospechas que resultan de las circunstancias, que son equívocas. El pronunciamiento debe ser absolutorio, ante la ausencia de pruebas que con carácter de certeza permitan deducir la realidad de la participación en la distribución ilícita, en estricta aplicación del principio "in dubio pro reo"».

Destacaremos, por último, a propósito de discernir el momento concreto en el que se considera consumado el delito de distribución de pornografía infantil, la equiparación práctica que realiza la jurisprudencia en relación a la conducta típica del art. 189.1 b) y el delito de tráfico de drogas –art. 368-. Para ello, la Sala Segunda del TS procede a relacionar la distribución del aludido material con la cantidad aprehendida en el delito de tráfico de drogas. En efecto, manifiestan las Sentencias del TS de 12 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7389) y de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7906), entre otras, que los supuestos

2008/7751); 107/2010, de 16 de febrero (RJ 2010/559) y 672/2010, de 8 de julio (RJ 2010/7330).

Quisiéramos significar que, la Sentencia 559/2017, de 13 de julio (RJ 2870/2017), es la más reciente, sin perjuicio de que, dado el retraso que padece la Administración de Justicia algunos casos que ya han sido investigados se encuentren aún *sub iudice*.

de envío de drogas se consuman siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación. En lo que respecta al supuesto de almacenamiento de archivos digitales pornográficos infantiles, la STS 873/09, de 23 de julio (RJ 2009/5837) refiere que tal supuesto es equiparable como indicio cuantitativo probatorio a lo que sucede en el ámbito del tráfico de drogas. Pues en este caso, es factible considerar que a partir de una cantidad relevante de almacenamiento de sustancias estupefacientes es posible considerar razonablemente, que tal cantidad no está destinada al propio consumo. Aunque en el ámbito de la pornografía infantil, la cantidad no supone una prueba directa de comisión del delito de distribución de pornografía infantil, en tanto que es hasta cierto punto habitual que el consumidor de esta clase de imágenes pornográficas sea un asiduo coleccionista de archivos de esta naturaleza, sin que el importe de material recopilado signifique, necesariamente, que se dedique una parte de éste a la distribución a terceros³⁸⁵.

1.4. Exhibición.

La doctrina es unánime al considerar que el verbo típico *exhibir*, supone «...mostrar o poner a la vista el material pornográfico»³⁸⁶, coincidiendo así con la acepción ofrecida por el DRAE, y cuyos

³⁸⁵ Las Sentencias más recientes determinan como prueba indiciaria, no sólo el número de imágenes o archivos pedófilos, los conocimientos que tenga el autor para utilizar los programas de descarga e incluso procurar la ocultación de la carpeta de descarga –carpeta incoming–, sino que, además, apoyan tales pronunciamientos de culpabilidad en la utilización que el autor de determinados acrónimos, el más utilizado es “PTHC” –Pree Teen Hard Core– aunque pueden aparecer otros con palabras tales como, por ejemplo, Teen, Hussyfun, etc. Ejemplificando algunas Sentencias se pueden mencionar STS 429/2019, de 27 de septiembre (RJ 2942/2019) dimanante en casación de la STSJ de Canarias 63/2018, de 18 de diciembre (RJ 3858/2015); STS 167/2016, de 2 marzo (RJ 948/2016); SAP de Logroño 30/2020 de 24 de febrero (RJ 68/2020).

³⁸⁶ Entre otros CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal*, 2004, p. 285; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad*, 2001, p. 279.

destinatarios son normalmente una pluralidad de personas³⁸⁷, si bien este último matiz no representa un requisito esencial para la apreciación del tipo, aunque será lo más frecuente.

De especial interés es la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid 64/2001, de 28 de febrero (JUR 2001/127260)³⁸⁸, cuyos hechos probados recogen que el imputado exhibió a través de Internet mediante una página web creada al efecto, material pornográfico infantil sito en la dirección <http://www.arrakis.es/-txunda/index2.htm> desde noviembre de 1998 hasta el 21 de julio de 1999 fecha en la que fue detenido. La conducta típica desarrollada presentaba carácter lucrativo, por cuanto para tener acceso al contenido de dicha web el sujeto estableció un sistema de suscripción, trimestral o anual, cobrando al usuario 1.400 pesetas al trimestre. A partir de esta sentencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han extraído dos requisitos esenciales para determinar la conducta típica, cuales son: a) el tipo no se comete sólo por la introducción del material pornográfico en Internet, sino también por el mantenimiento de su exhibición. Y b) la actividad desarrollada por el autor debe exceder del mero uso personal y reservado de la pornografía infantil³⁸⁹.

³⁸⁷ RODRÍGUEZ PADRÓN, E., *EDJ*, pp. 35 y 36.

³⁸⁸ Otro ejemplo, se encuentra en la SAP de León 66/2001, de 31 de mayo (JUR 2001/227125) en la que se reconoce como hechos probados que el acusado crea una página web en la que aparecen niñas desnudas y en posturas claramente obscenas, permitiendo su exhibición ante cualquier usuario de Internet.

³⁸⁹ Valgan como ejemplos, las SSTS 609/1997, de 10 de abril (RJ 1997/2770); 151/2019, de 21 de marzo (RJ 2019/1805); 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/7297).

2. OFRECIMIENTO O FACILITACIÓN DE LA PRODUCCIÓN, VENTA, DIFUSIÓN O EXHIBICIÓN POR CUALQUIER MEDIO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

2.1. Ofrecimiento.

Como ya se puso de manifiesto en otro apartado de este trabajo doctoral, la figura típica fue introducida por el legislador con motivo de la transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI (regulada en el art. 3.1 c))³⁹⁰, en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio. Por lo que a partir de su inclusión en el texto legal, pasaría a sancionarse a todo aquél que *«ofreciere pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección...por cualquier medio»* anticipándose en consecuencia el reproche penal a la mera oferta del material y sin que sea necesario que se haya producido ningún tipo de intercambio, entrega, o el envío de éste a un destinatario³⁹¹. Esta medida legislativa trajo consigo adelantar las barreras punitivas a actos, que con anterioridad a esa fecha, podían ser considerados como tentativa de la venta, distribución o exhibición de material pornográfico o en cuya elaboración hubieran sido utilizadas las víctimas³⁹².

La descripción de la figura típica que dispensa el legislador de 2010 y que se mantiene sin modificaciones en la actualidad, se objeta

³⁹⁰ Reemplazada por la DM 2011/92/UE.

³⁹¹ Es necesario aclarar que la conducta típica de «ofrecimiento» de material pornográfico infantil, puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito. Abundando en esta cuestión, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., 2013, p. 256, sostiene que el ofrecimiento de este material podrá ser atípico en los casos en los que el ofrecimiento «...sea de un material que aún no se ha elaborado o que ni siquiera todavía ha llegado a manos del que hace ese ofrecimiento».

³⁹² Para GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios al Código*, 2016, p. 590, a efectos prácticos, esta conducta típica se tendrá en cuenta dentro del ámbito del uso de Internet. Pues para el autor la nueva figura delictiva no aporta nada nuevo a la regulación existente, según asevera, ya que se encuentra establecida en el art. 189.1 b) la previsión de la posesión con el fin de vender, distribuir o exhibir.

la imprecisión de su redacción y que se empeora la cláusula «por cualquier medio». Así, la doctrina se cuestiona ¿si la oferta de dicho material pornográfico ha de ser directa, esto es, del oferente a la persona del interesado o, por el contrario, cabe la posibilidad de que estemos ante un ofrecimiento genérico propio de la publicidad? Asumiendo la postura vertida por Orts Berenguer, parece más lógico pensar en limitar la figura al ofrecimiento directo, sin perjuicio de que se puedan incluir algunos de estos supuestos dentro, por ejemplo, del delito publicitario, contemplado en el art. 282 Cp, en la figura de la provocación, conforme al art. 18 Cp, o inclusive constituir un ilícito administrativo³⁹³.

2.2. Facilitación.

La interpretación semántica que del verbo *facilitar* realiza el DRAE es la de «hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin o proporcionar o entregar». Conforme con esta definición, la STS 107/2010, de 16 de febrero (RJ 2010/559) sostiene que «...en Derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión», refiriéndose de este modo a la actividad de facilitación de la divulgación o distribución que recoge el art. 189.1 b). Y en orden a la protección del bien jurídico desde una perspectiva teleológica, la STS 767/2009 de 3 de octubre (RJ 2007/7297) manifiesta que «...el alcance preciso que posee la conducta típica, debe concretarse en el sentido de favorecer el acceso a algo, hacer llegar a otro una cosa, o proporcionársela o entregársela».

Pues bien, esta controvertida conducta delictiva ha motivado reacciones adversas en la doctrina de la que ha llegado a afirmar, que el significado de la acepción *facilitar... por cualquier medio* el material

³⁹³ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 264.

pornográfico comprende a otros verbos del tipo, por ejemplo, «*producción... por cualquier medio*». Para aclarar esta disertación es preciso volver a traer a colación algunos comentarios que se realizaron a propósito de la conducta «producir» y que permitirán situar el debate suscitado. En efecto, debemos recordar la tesis mantenida por gran parte de la doctrina que afirma la posible dualidad de significados entre ambos verbos típicos –producir-facilitar-. Así se sugiere que la *producción* comprende toda actividad de fabricación, elaboración en soporte gráfico de las imágenes obtenidas y que la *facilitación por cualquier medio* abarcaría aquella actividad. Por consiguiente, según apunta Rodríguez Padrón, el tipo referente a la producción de material pornográfico debiera quedar subsumido en la conducta de *facilitación*³⁹⁴. Ahora bien, a tal planteamiento cabe añadir, en nuestra opinión, que la subsunción referida sería posible siempre que el autor que produce por cualquier medio material pornográfico infantil no sea el mismo que capta o utiliza a las víctimas con fines pornográficos o exhibicionistas o para elaborar el material pornográfico, pues de suceder de tal modo la aplicación preferente es la letra a) del art. 189.1.

Expuesto tal enfoque de manera contraria sostenemos la diferenciación entre los dos verbos típicos. Así, el criterio mantenido en este trabajo doctoral es que la figura de *producción de material pornográfico* viene relacionada con la acción de procesar, manufacturar en un soporte determinado³⁹⁵ un material que ya ha sido elaborado anteriormente, en el que han sido utilizados los sujetos pasivos. O, en

³⁹⁴ RODRÍGUEZ PADRÓN, E., *EDJ*, 2000, p. 40. En parecidos términos, GÓMEZ TOMILLO, M., *RECPC*, núm. 5, 2005, p. 30, afirma que la figura es del todo innecesaria y no aporta nada nuevo, en tanto que ya se regula la elaboración del material y la financiación de las actividades relacionadas con la pornografía infantil en la letra a) del art. 189.1.

³⁹⁵ Según DRAE el verbo procesar se define como «someter una cosa a un proceso de elaboración o de transformación», mientras que manufacturar es «fabricar con medios mecánico algo, a partir de una materia prima».

otras palabras, la conducta producir consistiría en plasmar en cualquier soporte gráfico el material elaborado. Por el contrario, la expresión *facilitar por cualquier medio* haría referencia a la acción de facilitar los medios y las formas para realizar cualquiera de las actividades de difusión, producción, venta, exhibición, etc., por ende, cualquier conducta de colaboración o cooperación en estas actividades.

Así las cosas, si se considera aceptada la definición del verbo típico facilitar, a saber, como una conducta de colaboración o de cooperación en las actividades de producción, venta, distribución, etc., lo cual ha sido elevada a la categoría de autoría por una decisión político criminal, ello conlleva considerar que la participación en la conducta típica se considera como un concepto autónomo del concepto de autor y no vendría subordinada a la acción cometida por el autor –accesoriedad de la participación-. Además, si se observa, la modalidad engloba un catálogo bastante amplio de conductas típicas en las que la mera colaboración o cooperación en cualquiera de ellas implica incurrir en el tipo penal. De manera que, según algunas voces, hay cierta dificultad en discernir cuándo se trata de autoría y cuándo de participación, en concreto, respecto de la complicidad, por lo que arguyen que la figura resulta innecesaria por cuanto ya existen otras normas relativas a la complicidad³⁹⁶.

³⁹⁶ RODRÍGUEZ PADRÓN, C., *Delitos contra la libertad*, 2002, p. 36 aborda esta cuestión y afirma que a través de esta vía se sanciona como autores lo que supondría en cualquier otro delito la figura del cómplice. Y no le falta razón en ello, pues se trata de un tipo penal abierto cuya esencia es sancionar toda intervención accesoria en las conductas de producción, venta, distribución, etc. Es más, señala que en el precepto carecen de relevancia penal todos aquellos aspectos relacionados con las formas de participación en el delito en tanto que quedan subsumidas por éste.

Por ende, si se observa, la excepción que establece el art. 30.1 Cp «En los delitos que se hubieran cometido utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes lo hubieren favorecido personal o realmente» será irrelevante a los efectos prácticos ya que genera un concurso de normas que se resolvería a favor de la aplicación del art. 189.1 b). El

Ahora bien, de la mención concreta que en el artículo se hace a cada una de los verbos típicos, de acuerdo con Gómez Tomillo, genera dos efectos: de un lado, se persigue eliminar el sometimiento al principio de accesoriedad de tal conducta; y de otro, se asegura que se le impondrá la pena del autor. En cualquier caso, este autor refiere que es incomprensible el porqué de esa nueva concesión al concepto unitario de autor en este marco concreto, cuando la decisión político criminal general es la de optar por un concepto restrictivo.

De otra parte, se aborda la discusión referenciada a si cabe incluir en la modalidad de facilitación, aquellos supuestos en los que se genera un intercambio de pornografía infantil entre pedófilos, cuestión ésta, en la que se exponen posturas muy diversas. De suerte que del estudio se observan dos razonamientos opuestos. Por un lado, Tamarit Sumalla reconoce que no existe dificultad alguna para incardinar los hechos de intercambio o transmisión entre pedófilos de material pornográfico infantil en el delito de distribución o difusión de material pornográfico, aseverando que «...considerar perfectamente adecuadas al tipo las conductas de intercambio o transmisión de pornografía por Internet o por cualquier medio que permita la tecnología en cada momento»³⁹⁷. Sin embargo, disintimos de tal planteamiento por cuanto que para incriminar como delito de distribución el intercambio de entre pedófilos es necesario una reiteración de acciones por parte del autor, pues de no ser así, la conducta quedaría subsumida en la figura de facilitación de pornografía infantil³⁹⁸. Y de otro, Rojo García, que rechaza el postulado descrito anteriormente y afirma que la acción de facilitar

mismo posicionamiento mantiene, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 286.

³⁹⁷ TAMARA SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 110.

³⁹⁸ Entre otras, mantiene este criterio la STS 829/2008 de 5 de diciembre (RJ 2008/7751) establece en su FJ 9º que la conducta de distribución o difusión pasa por comprobar e imputar una reiteración de conductas por parte del sujeto activo.

consiste en repartir lucrativamente entre una pluralidad de personas una cosa, y que en el supuesto que nos ocupa, consistiría en repartir pornografía infantil entre varios internautas. Por consiguiente, según este autor, cabe incluir dentro de la modalidad de facilitación las actividades de los internautas que tras el cobro de una cantidad de dinero se comprometen a enviar material pornográfico infantil a sus abonados en sus direcciones de correo electrónico periódicamente, pero no se incluyen los intercambios entre pedófilos³⁹⁹. Pues bien, respecto a ello cabe significar, desde nuestro punto de vista, que en el supuesto de intercambios entre pedófilos no habría inconveniente alguno en considerar el acto como facilitación, en tanto que las partes que intervienen se proporcionan los medios y formas⁴⁰⁰ entre ellos mismos, aunque eso sí, debieran de estimarse tales actos de forma individual⁴⁰¹.

Pero no es la única posibilidad de incriminación del supuesto hipotético de intercambio de material entre pedófilos, pues también puede ser considerado, en nuestra opinión, como un delito de adquisición o posesión de pornografía infantil para uso propio –art. 189.5-. En cuyo caso, y coincidiendo con algunas voces, cabe plantearse si el Derecho Penal debe sancionar la conducta del pedófilo que adquiera, posea para uso propio o acceda a sabiendas a este tipo

³⁹⁹ ROJO GARCÍA, J.C., *RDPC*, 2002, p. 242.

⁴⁰⁰ ROJO GARCÍA, J.C., *RDPC*, 2002, p. 243, defiende un planteamiento diferente cuando esgrime que «...la conducta de facilitación exige que una de las partes (la que facilita el material) se relacione con la otra (la beneficiaria de tal acción) para conseguir algo (pornografía infantil) que no sería accesible sin la colaboración de la primera parte». En los intercambios, las dos partes tienen acceso a la pornografía infantil. Por tanto, si según se afirma, la facilitación es una conducta con una parte activa y otra pasiva, ¿se podría hablar de facilitación en estos casos? A este interrogante cabe responder, que habrá facilitación si consideramos que las dos partes del intercambio son partes facilitadoras la una de la otra. En definitiva, lo único que haríamos sería cambiar el nombre de la actividad (intercambio, por facilitación) lo que comportaría ampliar demasiado el concepto de facilitación.

⁴⁰¹ En estos mismos términos se manifiesta el ATS 229/2016, de 28 de enero (RJ 1239/2016).

de material a través de los TIC –según la redacción actual del art. 189.5-. Y es lógico que se suscite tal cuestión, pues, si desde la perspectiva del bien jurídico indemnidad sexual el legislador considera como el objeto tutelado en la modalidad comisiva, no existe afectación directa a su titular con la conducta realizada por el pedófilo⁴⁰². En consecuencia, a nuestro juicio, habría que preguntarse si es necesaria su tipificación o cabe plantearse otro tipo de sanción desde otros ámbitos del Ordenamiento jurídico, siempre que tales conductas no supongan la preordenación al tráfico del material pedófilo.

Tales cuestiones quedan obviadas desde el momento en el que la realidad legislativa es diferente, a saber, desde que el legislador asume como favorable la incriminación de tales conductas –art.189.5- a pesar de que su regulación actual desvirtúe el principio de exclusión de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima –pero insistimos, se desvirtúa porque el legislador basa su incriminación en la lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual-. No obstante y pese a las dudas que planteamos, Morillas Fernández arguye que la incriminación que dispensa el art. 189.5 son aquellas conductas destinadas al intercambio o cesión entre particulares y que deberían incardinarse

⁴⁰² Es más, para ROJO GARCÍA, J.C., *RDPC*, 2002, p. 249, un intercambio libremente aceptado, entre personas que «saben y desean lo que van a hacer no es una conducta que deba ser perseguida por el ordenamiento penal, de la misma forma que no se persiguen otros comportamientos que pueden considerarse inmorales o contrarios a las pautas sociales o psicológicas. Sólo deberán adoptarse medidas penales cuando se llegue a demostrar la directa lesividad de esas conductas sobre terceros».

De todos modos, como hemos sostenido en el presente trabajo doctoral, el bien jurídico que realmente se protege, aún a riesgo de equivocarnos, es la moralidad sexual colectiva. Y, por ende, si es acertada tal opinión, sí tendría sentido que el legislador sancione este tipo de conductas si su pretensión es la de proteger el aludido bien jurídico, pero no, si lo basa en la protección de la indemnidad sexual.

como una forma individualizada de facilitación de material pornográfico infantil en los términos que se han analizado⁴⁰³.

A mayor abundamiento, si de ser cierta tal afirmación como propuesta *lege ferenda* consideramos necesario que la incriminación de la conducta de intercambio de material entre pedófilos sea redefinida conforme a los postulados que defiende el Derecho italiano, es decir, sancionar estos supuestos como cesión de material pornográfico infantil, ya sea a título gratuito u oneroso, lo que permitiría diferenciarla de otras como la distribución o la venta, en tanto que en estas últimas se hace necesaria una oferta pública, mientras que la cesión lleva implícita la privacidad de la conducta⁴⁰⁴.

Finalmente, cabe señalar el tratamiento jurisprudencial ofrecido a la conducta de facilitación de pornografía infantil y lo más destacable es ¿si cabe incluir en este término la facilitación de forma gratuita o no?⁴⁰⁵ Para responder a esta incógnita y conforme a la mayoría de la jurisprudencia⁴⁰⁶, la donación se considera como un acto de tráfico jurídico. Así por ejemplo, la STS de 19 de mayo de 1989 (RJ 1998/4223)

⁴⁰³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 289.

⁴⁰⁴ MANTOVANI, A., *I delitti di prostituzione*, 1998, p. 83, señala que, frente a la concurrencia de una mínima organización comercial en la distribución o venta, aquí la cesión carece de dicha actitud, caracterizándose por la ocasionalidad de la acción.

⁴⁰⁵ La conducta de cesión de material pornográfico infantil se incrimina en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por ejemplo, en el Codice Penale italiano en su art. 600-ter preceptúa que: «*El que fuera de los supuestos anteriores, ceda a otro de forma consciente, aunque lo hiciere a título gratuito, material pornográfico, obtenido mediante la explotación sexual de un menor de dieciocho años será castigado con la pena de prisión de hasta tres años o multa de 2.582 a 51.645 euros*».

⁴⁰⁶ La STS de 12 de marzo de 1982 (1982/1608) ya manifestó que «...la donación a terceros por sí sola significaría un acto de promoción o favorecimiento del consumo de drogas...». Incidiendo en este asunto se hallan otras sentencias como, por ejemplo, SSTs de 4 de marzo de 1987 (RJ 1987/1863); 13 de junio de 1987 (RJ 1987/4800); de 30 de marzo de 1988 (RJ 1988/2128); y de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988/8070).

manifiesta que «la donación, incluso en las formas más simples de regalo o invitación, queda incluida en el concepto de tráfico jurídico, pues el mismo equivale a la transmisión de una cosa a otra u otras personas, pero por cualquier título, es decir, tanto de forma onerosa o gratuita, total o parcial, directa o indirectamente, porque los donativos desinteresados y de escaso monto, sin ánimo de lucro y, sin lograr ganancia alguna, cumplen una misión facilitadora del consumo, fomentando el mismo, y creando necesidad y adicción, contribuyendo así a fomentar una clientela de tráfico...»⁴⁰⁷. Abundando, la STS 19 de febrero de 1992 (RJ 1992/1212) señalaba que la diferencia más sustancial entre la venta y la donación, radica, en que la primera se origina mediando precio, mientras que, en ésta última, la entrega es gratuita.

En definitiva, actualmente se puede afirmar la escasa relevancia que tiene el carácter oneroso o gratuito para incardinar los hechos en la modalidad de facilitación de pornografía infantil. Es más, la práctica judicial demuestra que hoy por hoy los programas de intercambio con el sistema “*Peer to Peer*” como Edonkey, Emule, etc., son gratuitos para los usuarios de Internet y permiten que la transferencia de archivos sea más sencilla y rápida.

⁴⁰⁷ En el delito de tráfico de drogas existen excepciones en cuanto a su naturaleza que no son aplicables al delito de pornografía infantil. En el tipo de tráfico de drogas se reconoce la atipicidad de la donación, siempre y cuando responda a la exclusiva idea de cuidar la deshabitación, o a impedir riesgos motivados por el síndrome de abstinencia. La STS 789/1999 de 14 de mayo (RJ 1999/5396) manifiesta que: «al contemplar una falta de sustrato de antijuricidad al no existir posibilidad de difusión, facilitación o promoción del consumo siempre y cuando se aprecien las siguientes características: a) que no se produzca la difusión de la droga respecto a terceros; b) que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; c) que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, en presencia o no de quien hace la entrega; d) que se persiga únicamente...».

3. POSESIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL PARA LA PRODUCCIÓN, VENTA, DISTRIBUCIÓN, DIFUSIÓN, EXHIBICIÓN.

La reforma del CP del 95, operada por LO 11/1999, tuvo como objetivo criminalizar las conductas relacionadas con el tráfico de este tipo de material en los siguientes términos: «*quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas...*», esto es, para las actividades producción, venta, distribución, difusión, exhibición⁴⁰⁸.

El precepto abarca como delito la mera tenencia de material pornográfico infantil orientado al tráfico y con independencia del soporte en el que se contenga, o bien la posesión con el único propósito de realizar cualquiera de las conductas descritas en la letra b) del art. 189.1, excluyéndose aquellos supuestos en que se destine dicha posesión para consumo propio -actual art. 189.5- y con una penalidad más atenuada que la estipulada para el tipo básico de la letra b).

Para determinar el alcance o ámbito de aplicación de la posesión o tenencia destinada a realizar cualquiera de las conductas previstas en la letra b) del art. 189.1 se presentan varias opiniones. Por un lado, García Valdés sostiene que la posesión orientada al tráfico del material pornográfico constituye una modalidad de comisión anticipada equiparable a la posesión de drogas para su tráfico, art. 368 Cp⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *RECPC*, 2005, p. 31 ve insuficiente la redacción del tipo, al señalar que «...en el tipo no queda incluido la tenencia de la materia prima necesaria para la elaboración de pornografía como pueden ser cintas de vídeo vírgenes, videos sin contenido, ordenadores, etc. para la elaboración de por ejemplo, films pornográficos, por mucha intención que se tenga de destinar tales medios a producciones en las que intervengan menores o incapaces».

⁴⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, C., en OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. (coord.), *Estudios penales en recuerdo*, 2003, p. 419.

A este respecto hay que significar, que la comparación realizada por este autor es acertada, en la medida en que la estructura que presenta el delito de tráfico de drogas -art. 368- es muy similar con el delito de preordenación al tráfico de material pornográfico infantil del art. 189.1 b).

Destacando que ambas expresiones resultan equivalentes, si bien no están formuladas en los mismos términos⁴¹⁰. Esto es, mientras que en el delito de tráfico de drogas se castiga de manera expresa la conducta de posesión con fines de cultivo, elaboración, tráfico, etc. en el art. 189.1 b) se establece, particularmente, la posesión de material pornográfico infantil «...*para estos fines*», de lo que habrá de deducirse que es para la realización de cualquiera de las conductas destinadas al tráfico de pornografía infantil.

De otro, Fernández Teruelo considera que existe una creciente ampliación de la *ratio* de protección penal en la figura delictiva, pues estima que la incriminación de la posesión para el tráfico de pornografía infantil es la de sancionar conductas preparatorias del delito principal, «...en concreto la tenencia del material pornográfico en cuya elaboración se hayan utilizado los sujetos pasivos, siempre que se trate de una posesión *finalística*, dirigida a la venta, distribución o exhibición del material»⁴¹¹.

Finalmente, Morales Prats/García Albero aseveran que el tipo comporta un delito de tendencia, y en concreto dentro de ésta clasificación se trataría de un delito mutilado en dos actos, en el que se hace necesario acreditar teniendo presente los indicios concurrentes, la preordenación al tráfico del material pornográfico incautado en

⁴¹⁰ En la relación entre tráfico y autoconsumo de droga, la STS 1209/1992, de 26 de mayo (RJ 1992/4488) indica que «...ello no quiere decir, que siempre que se superen los módulos señalados por la jurisprudencia habrá que reputar la posesión orientada al tráfico de tales productos., sino que tan sólo constituye una fase de inferencia, pues esta separación entre lo típico y lo delictivo, de lo penalmente irrelevante no atiende sólo a dicho índice objetivo, que toma en cuenta la cantidad de sustancia aprehendida al sujeto, sino que ha de deducirse de un conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, entre las que figura, claro está, la posesión de una cantidad superior a la norma, pero no con carácter exclusivo, sino en atención a los datos circundantes del hecho».

⁴¹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos*, 2007, p. 75.

posesión del autor⁴¹². Ahora bien, respecto de la clasificación otorgada al tipo como delito mutilado en dos actos debemos disenter en tanto que, a nuestro juicio, se trataría más bien de un delito de resultado cortado.

De otra parte, la doctrina objeta la posible inseguridad jurídica que supone la criminalización de la posesión de material pornográfico para la distribución, por cuanto que no resultaría fácil determinar cuándo la conducta de posesión es para el consumo propio y cuándo la actividad va orientada al tráfico del meritado material⁴¹³. Es más, matizan que su delimitación se complica aún más teniendo presente que Internet ofrece demasiadas ventajas para acceder a cualquier tipo de información que permite el medio con posibilidades ilimitadas de producción o difusión, que podría alcanzarse con la mera realización de una sola copia del material⁴¹⁴. O que un sujeto posea abundante material y su propósito sea satisfacer sus deseos sexuales como suele ocurrir en el comportamiento observado en los coleccionistas⁴¹⁵. Aunque ello no obsta para que se pueda dar en la práctica el caso contrario, es decir, el supuesto en el que el autor tenga una escasa

⁴¹² MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la parte especial*, 5ª ed., 2005, p. 1030.

⁴¹³ En este sentido, MORALES PRATS, F., en MORALES PRATS, F. y OTROS (coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad*, 2002, p. 106.

⁴¹⁴ En este sentido se manifiestan, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, pp. 1238 y 1239.

⁴¹⁵ En la SAP de Córdoba 188/2003, de 7 de octubre (ARP 2003/748) establece expresamente cuándo estamos ante la autoría de la conducta típica: «...el delito antes citado, en suma, se comete por quien controle el medio que almacene y facilite la venta, difusión o exhibición del material pedófilo, y no cabe duda que el control o dominio del ordenador, en el que en este caso se intervino dicho material, corresponde al acusado».

Por su parte, los hechos probados de la STS 271/2012, de 26 de marzo (RJ 2013/2744) reflejan precisamente esta situación de coleccionismo pedófilo y su diferencia con la posesión para la distribución del material.

cantidad de material pornográfico infantil y proceda a realizar múltiples difusiones⁴¹⁶.

Pues bien, no es tanto la cantidad de material pornográfico que posee el sujeto lo que indica la demostración de que los hechos quedan subsumidos en el tipo, sino que es en el elemento subjetivo del tipo, esto es, el dolo. De suerte que es en este elemento subjetivo en donde se encuentra parte de las complicaciones probatorias en tanto que probar que se posee con el ánimo o la intención de distribuir, vender, o exhibir el material pornográfico infantil se torna en una ardua tarea. Y para desvirtuar la presunción de inocencia del autor no sirven los indicios objetivos de un modo similar, como algunos autores defienden, a como se procede en materia de tráfico de drogas -art. 368 Cp- en el que el criterio cuantitativo es fundamental para incurrir en el tipo⁴¹⁷.

⁴¹⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en FARALDO CABANA, P., (dir.), *Política Criminal y Reformas*, 2007, p. 275.

⁴¹⁷ En la línea comentada, la STS 873/2009, de 23 de julio (RJ 2009/4613), en la que se rechaza como indicio probatorio determinante, el mero indicio de material poseído. Justificando tal postura y reconociendo que, hasta cierto punto es habitual que el consumidor de esa clase de material sea un asiduo coleccionista de archivos de esa naturaleza, sin que el importante número de material intervenido en su poder, signifique necesariamente de por sí que se dedique una parte a la distribución a terceros.

Asimismo, cabe indicar que en la práctica forense más reciente, por ejemplo la STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/1358) sostiene como indicadores para diferenciar la posesión para uso propio -art.189.5- de la posesión para la ordenación al tráfico (art. 189.1 b) in fine) el hecho de que parte del material esté grabado en el disco duro del ordenador, CD, disco extraíble, o cualquier otro dispositivo externo; la clasificación en carpetas por edades, temas, etc.(lo que no sería meramente “posesorio”, pues implica la voluntad de que sea conocido igualmente por terceras personas); la utilización por parte del agente de distintos “alias”, que facilitan la relación con otras personas con la consiguiente demostración de la pretensión de difundir; el gran número de y contenido de material guardado con lo que se demuestra que el sujeto se relaciona de forma habitual con otros pedófilos; conversaciones con terceras personas que evidencian el interés de este tipo de material. Igualmente, se exige determinar los conocimientos que el sujeto tenga de los medios informáticos o el dato de que el material ya se encuentre “difundido” en Internet. Del mismo modo se pronuncia la STS 1074/2009, 28 de octubre (RJ 7211/2009).

Esto es, en la cantidad de droga incautada al sujeto activo para determinar cuándo es para consumo propio y cuándo se está ante el ánimo de traficar con droga o incluso, en ocasiones, a la condición de drogodependiente⁴¹⁸.

Pero sí cabe considerar otros elementos para enervar la presunción de inocencia del sujeto como, por ejemplo, en la forma de almacenar el material, la presentación, los mecanismos de elaboración, el número de copias, su ocultación, el lugar donde se guarda, los conocimientos que tenga el autor de los medios informáticos, que habrán de valorarse en cada caso concreto y sin automatismo como marca el criterio del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo celebrado el 27 de octubre de 2009, -del que tuvimos oportunidad de analizar en el epígrafe correspondiente a la conducta de distribución-.

En suma, y siguiendo la línea de estos autores, es conveniente enfatizar que la figura delictiva resulta ineficaz por las dificultades que ofrece para determinar cuándo la posesión de este tipo de material es para consumo propio y cuándo está destinada al tráfico. Como hemos resaltado los criterios cuantitativos resultan poco efectivos y no sirven para este tipo penal, habida cuenta que podemos estar ante un supuesto de coleccionismo pedófilo y no de tráfico. Además, cabe añadir la complejidad que implica probar la existencia del elemento subjetivo.

⁴¹⁸ La relación entre tráfico y autoconsumo de droga señala la STS 1209/1992, de 26 de mayo (RJ 1992/4488) que: «...ello no quiere decir, que siempre que se superen los módulos señalados por la jurisprudencia habrá que reputar la posesión ordenada al tráfico de tales productos, sino que tan sólo constituye una fase de inferencia, pues esta separación entre lo típico y lo delictivo, de lo penalmente irrelevante no atiende sólo a dicho índice objetivo, que toma en cuenta la cantidad de sustancia aprehendida al sujeto, sino que ha de deducirse de un conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, entre las que figura, claro está, la posesión de una cantidad superior a lo normal, pero no con carácter exclusivo, sino en atención a los datos circundantes del hecho».

Con todo, a nuestro juicio, y con independencia de si el objeto tutelado en el precepto es la indemnidad sexual como la mayoría de la doctrina sostiene o bien como postulan otras voces -en la que nos incluimos- la dignidad y seguridad de la infancia, o incluso aquéllos para quienes es el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen de los sujetos pasivos, sancionar tal conducta implica un intolerable adelantamiento de las barreras de protección del Derecho Penal al castigar una conductas que constituye realmente un acto preparatorio del delito principal, además, de suponer un mero delito de sospecha⁴¹⁹.

4. CONTENIDO DE LA CLÁUSULA «POR CUALQUIER MEDIO».

La cláusula «*por cualquier medio*» introducida tras la reforma del Cp de 1999 pretende no dejar lagunas de punición en aquellos supuestos cuyas conductas típicas se realicen a través de las TICs⁴²⁰. De ahí que algunos autores relacionen la cláusula con la utilización

⁴¹⁹ En parecidos términos se expresan ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, A., en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., Y OTROS (coords.), *Derecho penal, sociedad*, 2001, p. 51. Es más, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, ed. 20ª, p. 236, señala que el requisito de la finalidad es lo que permite por esta conducta que, sin embargo, si es realizada en el ámbito de lo privado debiera quedar al margen de la intervención penal, lo que conlleva, según este autor, cuestionarse si el legislador ha creado un delito de sospecha, habida cuenta que será muy difícil probar cuando la posesión del material pornográfico está destinada a las conductas de ordenación al tráfico (vender, distribuir, exhibir) del art. 189.1 b) y cuando no.

⁴²⁰ La cláusula «*por cualquier medio*» incorpora por el legislador del 99, es de las cláusulas denominadas por la doctrina como generales. En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, vol. II, 5ª ed., 2012, p. 802; DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación*, 1999, pp. 59-61, asevera este autor que, las cláusulas generales son cláusulas que permiten hacer una referencia sintética a un amplio número de casos «...mediante el empleo de formulaciones muy vagas y generales; es una técnica que se opone a la formulación casuística y que puede satisfacer las exigencias de economía legislativa, así como las necesidades de previsión de distintos supuestos a los que debe corresponder un mismo tratamiento jurídico penal; presentan una naturaleza afin a los elementos normativos, puesto que la pertenencia de un supuesto al ámbito de la norma dotada de una cláusula general depende de una valoración del juez».

indebida de Internet para la comisión de actividades delictivas de todo tipo con las que se obtengan grandes beneficios económicos⁴²¹.

En cuanto a la incorporación al precepto se esgrime a su favor que de este modo se prevé atender a toda la gama de posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías –TIC- con independencia de que se trate de una difusión gráfica, fotográfica, analógica, digital o de cualquier otra especie⁴²². Lo que permite de esta manera subsumir todas aquellas conductas de intercambio o transmisión de pornografía por Internet o por cualquier medio que permita la tecnología existente en cada momento⁴²³.

En efecto, no cabe más que se señalar el acierto de su incorporación en el precepto, de acuerdo con lo manifestado por la doctrina, puesto que con su previsión se permite el suficiente margen de actuación para sancionar cualquier conducta relacionada con el tráfico de pornografía infantil, con independencia del medio que se utilice y siendo indiferente la tecnología que se emplee en cada momento.

5. EL ORIGEN DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO.

La cláusula «*aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*», incorporada al precepto también con la reforma de 1999, tiene como finalidad evitar que con la utilización de Internet queden espacios de impunidad, en tanto que este medio constituye la principal fuente de difusión de material pornográfico infantil, por lo que se separa la conducta típica de la efectiva localización de las concretas

⁴²¹ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal*, 2004, p. 249.

⁴²² MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1238.

⁴²³ TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor*, 2002, p. 110.

víctimas⁴²⁴. Es decir, se trata de conocer la realización del delito con independencia de dónde se halle el material pornográfico infantil.

Cabe reseñar, que la cláusula hace referencia a una facultad reconocida en nuestro ordenamiento jurídico tras la modificación sufrida en la LOPJ⁴²⁵, en concreto en su art. 32.4 e) referente al principio de justicia universal como excepción al principio de territorialidad de la ley penal, que establece la autorización de los Tribunales españoles para conocer de los hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional, entre otros delitos, los relativos a prostitución y corrupción de menores o personas con discapacidad.

Pues bien, al respecto algunas voces han postulado que la presencia de tal cláusula resultaba superflua en la medida que el art. 189.1 b) incrimina todas las conductas relacionadas con el tráfico de pornografía infantil y el facilitamiento de las mismas, siendo indiferente a tales efectos, el origen del material o el desconocimiento de su origen, puesto que lo esencial es que se verifique alguna de las conductas del tipo⁴²⁶.

V. CONCLUSIONES.

La tipificación como delito de las distintas conductas relacionadas con la pornografía infantil como se ha señalado en líneas anteriores son

⁴²⁴ Según MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J.J., *AJA*, núm. 40, 2001, p. 35, esta inclusión se ha considerado un avance en la lucha contra este tipo de delitos.

⁴²⁵ Modificación introducida por la LO 11/1999 que aborda una excepción al principio de territorialidad de la ley penal.

⁴²⁶ En este sentido, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 6ª ed., 2011, p. 1238, sostienen que el principio de justicia universal reviste más importancia a los efectos de las conductas incriminadas en el art. 189.1 Cp, en tanto que la justicia española podrá conocer de los supuestos de creación o elaboración de material pornográfico verificada en el extranjero, aunque no haya llegado a venderse, distribuirse o exhibirse en España.

dimanantes de la transposición realizada de la Decisión Marco 2004/68/JAI y de la Directiva 2011/92/UE, que posteriormente sustituiría a aquella. En concreto, la Directiva dejaba establecido definitivamente el concepto de pornografía infantil y que nuestro legislador ha asumido casi en su literalidad, con la salvedad de reducir el concepto de pornografía infantil en relación con la denominada *pornografía infantil virtual*.

Como se ha puesto de relieve en este trabajo doctoral, las expectativas creadas en la doctrina y la jurisprudencia en relación a la incorporación del concepto normativo de pornografía infantil en el texto legal no fue lo esperado. Y ello debido, fundamentalmente, al modo en que se ha redactado tal concepto, aunque fuera conformado como un corta y pega del concepto que regulaba el instrumento normativo. Esto es, el concepto de pornografía infantil que al final ha incluido el legislador español en la reforma de 2015 se caracteriza por fallos en su conceptualización y carencia de rigor técnico y, sobre todo, llama poderosamente la atención, la regulación de la llamada *pseudopornografía*, contempladas en las letras c) y d) del último inciso, del art. 189.1 Cp, referente a la *pornografía técnica y virtual*. En efecto, es unánime la crítica realizada por la doctrina y jurisprudencia por la medida legislativa adoptada de incriminar la realización de un determinado material pornográfico en donde la lesión o puesta en peligro se produce sobre bienes jurídicos irreales, originando de este modo la vulneración del principio de proporcionalidad en sentido amplio o principio de prohibición de exceso, así como el principio de intervención mínima o de necesidad que deriva de aquél⁴²⁷.

⁴²⁷ Para ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.) *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 261, sin la existencia real de un sujeto pasivo utilizados directamente, con independencia del espectáculo o el material que se elabore, ni existe bien jurídico que proteger, puesto que hay ausencia de lesión o

Dicho esto, también cabe reseñar que no todo han resultado ser objeciones y críticas al recién incorporado concepto de material pornográfico, pues también a su favor se manifiesta que su incorporación ha incrementado la objetividad de lo que se debe comprender por tal concepto y, además, conlleva un respeto absoluto al principio de seguridad jurídica del Derecho Penal, y que como acertadamente advierte González Cussac haciendo referencia al principio aludido, «...es la última idea a la que no debemos renunciar, porque sin ella no existe Derecho, ni por tanto Democracia, ni en consecuencia libertad...»⁴²⁸.

Por otra parte, en relación a la descripción de las conductas típicas reguladas en el art. 189.1, cabe reseñar que no todas las que aparecen preceptuadas en el apartado primero son consecuencia directa de la asunción de la obligatoriedad internacional en esta materia. Así, en la letra a) se incrimina la conducta típica *financiar* las actividades relacionadas con la pornografía infantil, la cual no venía prevista en ninguno de los instrumentos normativos de ámbito europeo. En este sentido, es acertada la observación de la doctrina cuando afirma que tal tipificación corresponde a la política criminal del legislador por no dejar ninguna oportunidad que permitan que puedan quedar la impunes por cualquier acción criminal relacionada con la pornografía infantil. Y no les falta razón en ello, por cuanto que a nuestro juicio, la importancia de la realización de tal conducta es merecedora de una tipificación autónoma, no sólo en lo referente a la autoría material de los hechos, en tanto que con ella se concreta el castigo de la conducta de un explotador que con su significativa aportación económica permite la realización o mantenimiento de espectáculos exhibicionistas o

puesta en peligro, ni sujeto pasivo; además, añade este autor, son exigencias que provienen del principio de proporcionalidad y el de culpabilidad u ofensividad.

⁴²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva*, 2001, p. 13.

pornográficos, o la elaboración de dicho material, originando no sólo lesión o puesta en peligro el bien jurídico, indemnidad sexual, sino que también, y no menos importante, se consigue salvaguardar los principios informadores del Derecho Penal, a saber, el de legalidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, no cabe decir lo mismo de otras conductas incorporadas al precepto si se acepta como objeto tutelado la indemnidad sexual en los delitos de pornografía infantil previstos en el art. 189.1 a). En efecto, como así sucede con la tipificación de la captación de los sujetos pasivos con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico recogidas en la letra a), en tanto que comportan, a nuestro juicio, un menoscabo del principio de intervención mínima, así como del principio de proporcionalidad que debe regir en nuestro Derecho. De suerte que la técnica empleada para estos delitos, por cuestiones de política criminal, es la de configurarlos como delitos de peligro abstracto, con independencia de que actualmente el Derecho penal utilice tal técnica como fundamento para expandirse. Por consiguiente, a través de la técnica mencionada el reproche penal se vincula como señala Muñoz Conde «...a una conducta que, según la experiencia, suele ser peligrosa para un bien jurídico, aunque en el caso concreto no lo sea; en consecuencia, el delito se consuma con la constatación de la conducta prohibida, sin que sea necesario demostrar en el caso concreto que existió un peligro real para el bien jurídico». Es decir, el reproche penal va dirigido hacia las conductas de captación de los sujetos pasivos con fines pornográficos o exhibicionistas y para la elaboración de un material pornográfico infantil, sin la necesidad que para la consumación de éstas se vea afectada la indemnidad sexual de la víctima, lo que conlleva, que con tal medida punitiva se produzca un adelantamiento de las barreras de protección anterior a la afectación

del objeto tutelado, constituyendo por tanto, un delito de consumación anticipada.⁴²⁹

Abundando en la estructura que presenta las dos primeras modalidades típicas de pornografía infantil, es decir, captar o utilizar para emplear a las víctimas para fines exhibicionistas o pornográficos, o para que participen en espectáculos de estas características, o bien para elaborar material pornográfico, éstas se configuran como delitos de mera actividad y, a su vez, como *tipos mixtos alternativos* por lo que la comisión de cualquiera de las conductas típicas es suficiente para constituir el tipo. Por ello cabrá apreciar un sólo delito cuando el sujeto activo que capta al menor o a persona con discapacidad posteriormente, lo utiliza para un espectáculo exhibicionista o pornográfico o para esos fines, aunque tales fines, realmente, estén conformados como especiales elementos subjetivos distintos al dolo y acompañen a la acción del autor⁴³⁰. En este sentido, aparecen por decisión legislativa como elementos en la descripción legal de la acción y no como debieran configurarse, es decir, como un elemento volitivo o

⁴²⁹ Para ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 262, tales conductas castigan en puridad, lo que de otra forma constituyen actos preparatorios punibles del delito principal, pasando a considerarse como consumación, lo que conlleva, en palabras de Orts Berenguer, un delito de sospecha.

⁴³⁰ A este respecto señalan ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, 8ª ed., 2019, pp. 362-367, que existen determinadas conductas que se llevan a cabo con alguna finalidad o intencionalidad específicas. De forma tal, que el legislador al describirlas, hace la referencia anímica o intencional de forma expresa o utilizando términos que la incluyen, sin la cual la conducta deviene irrelevante. Y continúan señalando que «...estas referencias al ánimo, a la intención o a la finalidad con la que ha de actuar el sujeto, pertenecen al tipo de acción...» «...de ahí que a este conjunto de referencias subjetivas, intencionales o anímicas se les llame tradicionalmente “elementos subjetivos del tipo” ...». «En estos casos, la acción típica contiene necesariamente estas referencias subjetivas y, por tanto, el tipo de acción se define con referencia a esos momentos de la acción. Su acreditación no se llevará a cabo conforme a la imposible prueba de representaciones, creencias o voliciones mentales, sino de acuerdo a su sentido exteriorizado; esto es, con arreglo a las competencias del autor y las características públicas y externas de la acción».

“intención” que acompañe al dolo, pero aun así, siguen constituyendo *un delito de intención o de tendencia interna transcendente*⁴³¹, y dentro de éstos, como delito de resultado cortado⁴³².

Dicho esto, lo mismo cabe predicar de la financiación de cualquiera de estas actividades. Y, es más, el afán expansivo en la tipificación de las conductas relacionadas con la pornografía infantil se demuestra con la incriminación de la acción de lucrarse con tales actividades y de la que debe significarse que, si no hubiese previsto expresamente, cabría la posibilidad de poder ser incluida dentro de cualquiera de las conductas reseñadas anteriormente.

En definitiva, tales conductas típicas se conforman como delitos de peligro abstracto, de mera actividad, y de consumación anticipada en las que el legislador adelanta las barreras de protección del bien jurídico por cuestiones de política criminal. Ahora bien, como se ha señalado, las modalidades se erigen en torno a unos elementos subjetivos especiales distintos al dolo, que deben ser inherentes a la acción penalmente relevante. Es decir, constituirían las finalidades que persigue el autor del delito cuando capta o utiliza a sus víctimas, constituyendo de este modo, según la clasificación realizada por Mezger y seguida por Roxin, delitos de *tendencia interna transcendente* y que se distinguen a su vez, en *delitos de resultado cortado* y *delitos mutilados en dos actos*.

Abundando en esta clasificación, para Morales Prats/García Alberó, tales conductas típicas constituirían delitos mutilados en dos

⁴³¹ Según ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2ª ed. alemana, traducido por LUZÓN PEÑA, D.M., 2006, p. 317, en los *delitos de intención o delitos de tendencia interna transcendente*, «...la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo».

⁴³² Según la clasificación que de los tipos realiza MEZGER, E., seguida a su vez, por ROXIN, C., y la que compartimos.

actos, sin embargo, a nuestro juicio, defendemos que más bien se trata de delitos de resultado cortado.

Por otra parte, idéntico afán expansivo y la misma técnica legislativa se estima en la configuración de las modalidades típicas de la letra b). En efecto, en el precepto se contemplan una serie de acciones típicas que conforman una estructura de un *tipo abierto y de progresión delictiva*. Es decir, estas implican comportamientos delictivos que constituyen por lo general, estadios intermedios de hechos típicos posteriores, que se ven consumidos por éstos⁴³³. Así, piénsese, que no cabe realizar la conducta de facilitación de la distribución si antes no se resuelve la producción del material, o bien ofrecer tal material si antes no se ha exhibido. Por lo que en tales casos es posible que se origine una confrontación con el principio de taxatividad o de determinación de la norma penal.

Con todo, podemos concluir que la técnica legislativa empleada para configurar las conductas resulta carente de depuración y, en ocasiones, como se ha resaltado en este trabajo, hasta resulta redundante la tipificación de algunos verbos típicos, ejemplarizando, distribución-difusión u ofrecimiento. Es más, en concreto respecto de este último verbo típico cabe reseñar su innecesaria tipificación, por cuanto que puede entenderse incardinado en las conductas de venta, distribución, o exhibición de material pornográfico, o inclusive, en cuya elaboración hubieren sido utilizados los sujetos pasivos como una tentativa de estos.

Además, otra de las características a resaltar del precepto es que resulta ser demasiado casuístico toda vez que son numerosos los

⁴³³ Frente a la opinión de la jurisprudencia de que los actos preparatorios punibles quedan consumidos por la tentativa; la tentativa queda consumida por la consumación (STS 530/2001, de 28 de marzo (RJ 2595/2001) hay algunos autores como García Albero o Maqueda Abreu que consideran que en estos casos hay una relación de subsidiariedad tácita.

verbos típicos descritos. Y no quisiéramos dejar de señalar respecto del precepto que comentamos que la política criminal practicada en su configuración es más severa y represiva, esto es, llegando a aumentar la respuesta penal frente a la comisión de las conductas típicas descritas en la letra b) en relación con las de la letra a). De suerte que con la aludida exacerbación punitiva provoca la vulneración del principio de prohibición de exceso incluido en el principio de proporcionalidad, habida cuenta que al instaurarse la pena privativa de libertad de uno a cinco años equipara tanto el desvalor de la acción como el de resultado en ambas letras del art. 189.1, cuando, en puridad, existe una diferencia sustancial con las conductas descritas en la letra a). A saber, en las descritas en la letra a) el autor del delito actúa directamente sobre el sujeto pasivo, captándolo o utilizándolo con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o bien para elaborar el material pornográfico infantil y, por ende, afectando directamente el bien jurídico protegido, indemnidad sexual. Sin embargo, en las detalladas en la letra b), el autor no tiene ese contacto directo con la víctima en tanto que actúa sobre un material ya elaborado y, además, tampoco ha participado en el proceso de elaboración del material.

En base a tal razonamiento expuesto, es decir, en cuanto al posible objeto tutelado en la letra b), a nuestro juicio, no es tanto la indemnidad sexual de los sujetos pasivos lo que se protege en la letra b) del art. 189.1, sino que, más bien, la pretensión legislativa se dirige a salvaguardar bienes jurídicos colectivos como en este caso son la dignidad y la seguridad de la infancia en abstracto⁴³⁴.

⁴³⁴ En este sentido, en la Consulta 3/2006 de la FGE se afirma que en el delito venta, distribución y exhibición de pornografía infantil de la letra b) del art. 189.1 «...no se protege bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia y la dignidad...»

VI. TIPOS CUALIFICADOS

La reforma de 1999 tras LO 11/1999, del Código Penal insertó la única cualificación aplicable a los tipos básicos de pornografía infantil imponiendo una pena de prisión de un año y medio a tres años al culpable que formara parte de una organización o asociación dedicada al tráfico de pornografía infantil o a otras conductas relacionadas con la misma. Varias son las cuestiones a resaltar respecto de las circunstancias que agravan a los delitos de pornografía: de un lado, la reforma que pocos años más tarde se operó a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre y que trajo consigo la ampliación de contenidos agravatorios mediante un catálogo bastante amplio de cualificaciones en el art. 189.3, dejando de este modo atrás el sistema de agravación único que se había impuesto con la reforma de 1999. De otro, la LO 5/2010, de 22 de junio que atribuyó una mayor penalidad a la consecuencia jurídica de los tipos cualificados, con una pena privativa de libertad de cinco a nueve años siendo los cinco años el límite máximo del tipo básico del art. 189.1, en un claro ejemplo de la influencia punitiva que ejerce la política criminal de la UE en nuestra legislación penal.

Finalmente, la reforma más reciente conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo afectará en algunos extremos al contenido de los tipos agravados quedando a partir de entonces circunscritos en el art. 189.2. Abundando en ello, el tipo cualificado del art. 189.2 a) eleva la edad de utilización del menor a los dieciséis años en coherencia con la elevación de la edad ofrecida para la validez del consentimiento sexual que presten los menores en actos con connotación sexual. Con respecto a la letra g) amplía el catálogo de personas responsables del menor, aunque sea de forma provisional, o de personas que hayan actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad. Y finalmente como última novedad se incorporan dos nuevos tipos al ya

amplio elenco de cualificaciones, en concreto, la letra e) agravará la importancia del material pedófilo incautado y la letra h) la reincidencia.

Asimismo, se incorpora un nuevo artículo, art. 189.3, convirtiéndose en un tipo hiperagravado o hipercualificado que supondrá un tratamiento diferenciado para aquellos supuestos descritos en el art. 189.1 a) que se cometan con violencia o intimidación.

Como puede observarse, respecto de las cualificaciones que se aprecian en el art. 189.2 éstas dan cabida a circunstancias fundamentadas en torno a: 1) en relación con el sujeto pasivo -menores de dieciséis años, carácter degradante o vejatorio, violencia física o sexual, cuando se hubiere puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud-; 2) la importancia del material incautado y, 3) los caracteres especiales del sujeto activo -la pertenencia a una organización o asociación dedicada a tales actividades, o la reincidencia del mismo-.

Todo este régimen de cualificaciones engloba con alguna matización las circunstancias agravantes que se contemplan en la Decisión Marco 2004/68/JAI. En efecto, entre ellas se destaca que el actual art. 189.2 Cp recoge una variedad mucho mayor de tipos agravados que las establecidas en la aludida Decisión Marco. Eso es así, pues de la lectura del instrumento normativo se observa que en tal texto no aparecen tipificadas las establecidas en las letras b) carácter degradante o vejatorio; e) referente a la notoria importancia del material incautado; g) la relativa a cualidad del sujeto activo, es decir, ascendiente, tutor, curador, etc.; y h) reincidencia⁴³⁵.

⁴³⁵ Respecto a estas agravaciones se critica en el Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de 2012 el mantenimiento de la aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (art. 189.1 a) como en relación a la difusión de material pornográfico (art. 189.1 b). En este sentido, refiere la Circula 2/2015 de

Por su ubicación sistemática y porque así se prevé expresamente, los tipos cualificados previstos en el apartado 2 del art. 189 Cp son aplicables a todos los tipos básicos de pornografía infantil regulados en el párrafo 1º del artículo 189; ello significa que tales agravaciones no tendrán encaje en los tipos relativos a la asistencia a espectáculos pornográficos ni a los de posesión y acceso de pornografía infantil, previstos en los art. 189.4 y 5. Pero realmente no es la única exclusión de aplicabilidad que se realiza, pues tal y como están configuradas algunas de las cualificaciones tampoco podrán estimarse en todos los tipos de pornografía infantil. En este sentido, el TS limita su aplicación a los relacionados con la captación o utilización de menores o personas con discapacidad con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico infantil, art. 189.1 a), excluyéndola para las conductas relativas a la preordenación al tráfico, art. 189.1 b).

Finalmente, es necesario concretar llegados a este punto, la inaplicación de las agravantes cuando se trate de pornografía virtual, puesto que en realidad en tal modalidad de pornografía infantil no existe bien jurídico al que proteger.

1. CUALIFICACIONES DE PRIMER GRADO: ART. 189.2 CP.

1.1. Utilización de menores de dieciséis años.

La reforma de 2003 del Código Penal introdujo la utilización de menores de trece años como tipo cualificado, agravación que venía dispuesta en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE⁴³⁶,

19 de junio, de la FGE, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 que el legislador tampoco ha sabido esclarecer en la reforma de 2015 del CP qué subtipos agravados se aplican a uno u otro tipo básico. Y la duda recae sobre todo en relación con la aplicabilidad de los subtipos sobre las conductas típicas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b).

⁴³⁶ El art. 5.2 b) establece que: «...que la víctima sea un niño que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual según el Derecho nacional ...», DO L 13 de

salvo en la concreción del umbral cronológico que dejaba al arbitrio de los Estados partes conforme a su Derecho interno. En términos parecidos se expresa el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest donde se reconoce como menor de edad al individuo de dieciocho años de edad.

En aquella reforma el legislador estableció la edad de trece años como límite de validez para consentir sexualmente en el art. 183 - actualmente art. 183 quater-. O en otras palabras, como señala Tamarit Sumalla la edad por debajo de la cual la ley considera que cualquier adulto que tiene contacto sexual con un menor comete delito con independencia de las condiciones y circunstancias, habida cuenta que se considera irrelevante su consentimiento, presunción ésta que se considera *iuris et de iure*⁴³⁷. Además, la reforma limitaba tal exención de responsabilidad penal a los delitos comprendidos en el Capítulo II Bis, Título VIII, del Libro II del Cp, por tanto, se excluía para los delitos relacionados con la exhibición de pornografía a menores, la realización de actos de exhibición obscena ante ellos, etc.⁴³⁸.

La fundamentación material de la inclusión de una franja de edad en la reforma de 2003 se sustenta, sin entrar a valorar la técnica legislativa que resulta ser errónea, en el intento por revestir de coherencia al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues si se observa, son varios los artículos de distintos ámbitos jurídicos en los que se establecen diferentes edades para el menor. En efecto, en virtud de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor la responsabilidad penal de éste se inicia a los catorce años. En el ámbito Civil, excepcionalmente

20/1/2004, p. 46. Véase al respecto, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2011, p. 1241.

⁴³⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2015, pp. 421-428.

⁴³⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2ª ed., 2015, pp. 631-632.

el art. 48 Cc establecía la dispensa para contraer matrimonio entre menores de catorce años -tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 se ha modificado este artículo, eliminado tal dispensa y elevando la edad de catorce a dieciséis años-; el art. 68 Cc. referente a la obligación de convivir del matrimonio entre menores. Y, sin embargo, cuando de delitos sexuales se trata y el sujeto pasivo es un «menor» se hace referencia de forma genérica al menor de 18 años de edad.

Posteriormente, con la reforma operada por LO 1/2015 del Código Penal el legislador español asume sus compromisos internacionales y hace suya la facultad de elevar a la edad de dieciséis años, la validez del consentimiento prestado por el menor para mantener relaciones sexuales, conforme a lo establecido en el Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest. Sin embargo, tal decisión producirá aparentemente una disfunción, por cuanto que resulta llamativo que el legislador decida reconocer la capacidad de autodeterminación sexual al sujeto que aún no ha cumplido los dieciocho -art. 183 quater-. En efecto, el legislador permite que pueda libremente mantener relaciones sexuales con mayores de 18 años y, sin embargo, al tiempo se le prohíbe participar en actos exhibicionistas o pornográficos o bien en la elaboración de material de estas características, pues conforme establece el art. 189.1 a) se indica expresamente el término «menores de edad», es decir, menores de dieciocho años⁴³⁹. Ello induce a pensar como sostiene acertadamente Ramón Rivas, que la pretensión

⁴³⁹ A este respecto, la Directiva 2011/92/UE que sustituye a la DM 2004/68/JAI no regula las políticas penales de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal. Estas cuestiones quedan al margen del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, pudiendo ser los Estados miembros los que lo harán en el marco del ejercicio de sus propias competencias.

legislativa va en la dirección de protegerles incluso en contra de dicha voluntad⁴⁴⁰.

En esta línea de reflexión, aunque esgrimiendo una postura contraria, Escudero Calderón ofrece otra alternativa para evitar pensar que el legislador admite relaciones sexuales a mayores de dieciséis años, pero no la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, ni su participación en la elaboración de material pornográfico. De este modo, la autora expresa que deberá excluirse el automatismo del precepto y considerar la conjunción del verbo típico «utilizando» sólo para el supuesto en que el menor no consienta libremente⁴⁴¹.

Sobre la cuestión cronológica de la fijación del límite de edad en los dieciséis años del menor, la doctrina se ha pronunciado aportando varias consideraciones. Algunos autores defienden que dicho límite se basa en un criterio puramente cronológico, la edad física y no la edad mental⁴⁴², salvándose de este modo la contradicción que puede darse en el caso que la edad mental sea inferior a la que corresponde a una persona normal⁴⁴³. Otros, sin embargo, parten de los supuestos de agresiones sexuales sobre menores para justificar esa edad, reconociendo que la corta edad que posee el sujeto pasivo puede ser

⁴⁴⁰ RAMÓN RIBAS, E., *RDPP*, 2012, pp. 210 y 211. Este autor opina que se está ante una contradicción aparente, pues sostiene que lo que sucede es que en las conductas previstas en este artículo se protege no sólo la indemnidad sexual de los menores de edad, sino también otro bien jurídico individual indisponible por los menores de hasta dieciocho años de edad como es el derecho a la intimidad y su derecho a la propia imagen.

⁴⁴¹ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentario a la reforma penal*, 2015, p. 455.

⁴⁴² Señala RAMÓS VÁZQUEZ, J.A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2ª ed., 2015, p. 631, que en la legislación penal noruega fijan su atención en el hecho de que exista alternativamente, o una corta diferencia de edad o un similar grado de desarrollo.

⁴⁴³ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal*, t. II, 1997, pp. 2220 y 2221.

significativa a la hora de ejercer una posible intimidación sobre éste. En efecto, según resuelven es mucho más efectivo considerar que la corta edad es la causa de su miedo como consecuencia de las amenazas proferidas o del abuso de una relación de superioridad⁴⁴⁴. Y finalmente, se encuentran aquellos autores que se muestran favorables al criterio cronológico tasado, pues genera una gran seguridad jurídica que se agradece en el ámbito de los delitos sexuales⁴⁴⁵.

Con todo, efectivamente la aplicabilidad de tal circunstancia sólo puede ser apreciada en relación a las conductas típicas descritas en la letra a) del art. 189.1, pues con la comisión de tales tipos se constata que existe afección directa al menor y, además, conforme al tenor literal del subtipo pues específicamente se preceptúa la conjunción del verbo típico «utilice» como sinónimo de servirse, es decir, sirviéndose.

A propósito de la interpretación que se le da al tipo agravado por los Tribunales, y como se ha indicado anteriormente, es de aplicación restrictiva, de este modo sólo es posible su consideración en aquellas actividades que tengan encaje en las modalidades típicas del art. 189.1 a). El razonamiento que se defiende por la jurisprudencia, en nuestra opinión, es del todo lógico pues, piénsese, en el sujeto que utiliza a un menor de dieciséis años para elaborar material pedófilo que, a su vez, está siendo distribuido en *streaming*⁴⁴⁶. En tal supuesto, el autor respondería por la modalidad de elaboración de material pornográfico del art. 189.1 a), pues, si se recuerda, en el análisis de las conductas de los tipos básicos se afirmaba que cuando es el mismo autor el que

⁴⁴⁴ CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal Español*, 2004, p. 515; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2004, pp. 941-942.

⁴⁴⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la Reforma*, 2ª ed., 2015, p. 631.

⁴⁴⁶ Realmente en tal supuesto se está llevando a cabo una elaboración del material en directo a través de *streaming*, que está siendo distribuida por Internet.

realiza varias conductas circunscritas tanto en la letra a) como en la b) del artículo aludido, éste responderá por la comisión del tipo descrito en la letra a)⁴⁴⁷. Es más, el Tribunal Supremo frente a la indefinición que lleva arrastrando el art. 189.1 con la incorporación de tal agravación, exige que sólo se aplique en aquellas actividades en las que se haya hecho intervenir al menor personalmente, excluyéndose, por tanto, su inclusión en las conductas descritas en el art. 189.1 b) cuyo material pedófilo resultante es utilizado para su distribución que ha sido elaborado por otros. En tal sentido, arguyen, afianzando la inoperatividad para las modalidades del art. 189.1 b), que en estos casos no se ocasiona una verdadera utilización directa y personal del sujeto pasivo, según el ámbito de protección del art. 189.1 a) Cp. Sosteniendo que el propio tipo cualificado prevé la *utilización de menores*, esto es, acciones que consisten en servirse directamente de ellos⁴⁴⁸. Esta fundamentación descrita es la línea que se sigue en la STS 1010/2009 de 16 de noviembre (RJ 2009/5999) donde explica que esta interpretación se apoya en el tenor literal del precepto, pues, según el propio Tribunal Supremo, el legislador no emplea expresiones tales como «tratarse de menores de trece años o representar a dichos menores», sino «utilizar a niños menores de trece años»⁴⁴⁹. En estos mismos términos, igualmente se expresan las SSTS 795/2009, de 28 de mayo (RJ 2009/4200); de 22 de junio de 2010 (RJ 2010/3724) y de

⁴⁴⁷ Distinto a tal supuesto es el sujeto que realiza la elaboración de un material pedófilo con menores de dieciséis años, por ejemplo, con menores de seis años y el material lo pasa a su amigo que lo distribuye por un grupo de whatsapp que tienen formado. En tal supuesto la agravación del art. 189.2 a) recaería sobre el sujeto que elaboró el material y no sobre el que distribuye tal material.

⁴⁴⁸ Por ejemplo, la STS 674/2009, de 20 de mayo (RJ 2009/3207) señala que en el caso de difusión de pornografía de menores de trece años no aplica el subtipo agravado del art. 189.3 a) Cp -actualmente, art. 189.2 a)-.

⁴⁴⁹ Este es el criterio proclamado en otras SSTS como, por ejemplo, de 5 de julio de 2010 (RJ 2010/87193), 873/2009, de 23 de julio (RJ 2009/4613), así como SAP de Barcelona de 8 de enero de 2010 (ARP 2010/454) y SAP de Zaragoza de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009/461816).

20 de enero de 2015 (RJ 2015/131) y la más reciente 132/2020, de 5 de mayo (RJ 818/2020).

Por otro lado, si se observa la letra del precepto, nada dice sobre las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Así que nos cuestionamos, si verdaderamente esta conducta surge como consecuencia de la ausencia jurídica de libertad sexual en los menores de dieciséis años o también debe comprenderse inmerso en el tipo todas aquellas conductas relacionadas con sujetos cuya libertad sexual no les ha sido reconocida. Así, piénsese, en un individuo que tiene la edad de treinta años, pero padece una oligofrenia que le impide autodeterminarse en el ámbito sexual, pero posee conocimiento suficiente sobre significado de las acciones sexuales. En este sentido, cabe mencionar que tal peculiaridad no se halla aislada en nuestro texto legal, ya que el art. 180.3º del Cp contempla distintas circunstancias al tipificar las agresiones sexuales dentro de las cuales aparece la referencia a la discapacidad.

1.2. Carácter degradante o vejatorio de los hechos.

Al igual que el anterior tipo penal, éste también fue introducido tras la reforma de 2003. Sin embargo, la diferencia con aquélla es que la cualificación que analizamos en este epígrafe no aparece expresamente regulada en la Decisión Marco 2004/68/JAI.

Algunos autores han expresado respecto del trato degradante que tal concepto es difícil de concretar cuando es utilizado como tipo agravado. Ello es debido, según afirman, al carácter intrínsecamente degradante que poseen los delitos relacionados con la pornografía infantil y, además, añaden que dicha dificultad deviene de la propia indeterminación del término⁴⁵⁰. Pero si bien es cierto que el material

⁴⁵⁰ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la Reforma*, 2015, p. 455.

pedófilo es ya de por sí degradante cuando son abusos y agresiones a menores lo que lo componen, a nuestro juicio, el alcance del tipo cualificado debiera limitarse a las situaciones más aberrantes o brutales que se realicen sobre estas víctimas, pues, como establece su propio tenor literal, el tipo requiere que los hechos sean «*particularmente degradante*». Así, teniendo presente este parámetro dentro del ámbito del tipo agravado se deben de incluir todas conductas como el bestialismo, zoofilia, coprofilia, prácticas sexuales con bebés y otros hechos análogos especialmente vejatorios para los menores. Asimismo, cabe incardinar dentro del concepto de trato degradante o vejatorio el mero hecho de orinar sobre la víctima durante el transcurso de un espectáculo pornográfico como manifestación de superioridad o de poder, o simplemente como práctica sexual que excita algunos individuos⁴⁵¹.

En definitiva, en nuestra opinión, esta agravación debería quedar reservada sólo cuando las acciones u omisiones afecten a la dignidad de los sujetos pasivos en la que se aprecie una situación objetivamente humillante o indigna, porque muestran características aberrantes o brutales que denotan esa especial perversión sobre las víctimas.

La aplicación en la *praxis* del tipo agravado se circunscribe por el Tribunal Supremo a las conductas de utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográfico y para la elaboración de dicho material, art. 189.1a). En tal sentido, a los efectos procesales nuestra jurisprudencia se muestra claramente restrictiva también con este tipo, fundamentalmente por razones que competen a cuatro ámbitos:

En primer lugar, por la inherencia del carácter vejatorio de las conductas descritas en el tipo básico. De este modo, el Tribunal

⁴⁵¹ En tal sentido, BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura*, 1992, pp. 96-99.

Supremo parte del axioma de que toda relación sexual con menores de edad dada su inmadurez para consentir y el alcance de la acción sexual sobre el libre desarrollo de su personalidad en materia sexual es en sí vejatoria y degradante. De manera que esta cualificación para ser considerada debe ser objeto de justificación expresa tanto en la calificación de los hechos por el Ministerio Fiscal como la necesidad de argumentar específicamente en la sentencia del Tribunal la justificación de la exacerbación punitiva del tipo agravado. Y se añade, que en la descripción de la imagen en el relato fáctico de la sentencia permita apreciar la concurrencia objetiva de esta agravación por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se someten a los menores en el material pornográfico utilizado, como así reconoce el propio Tribunal Supremo en SSTs 132/2020, de 5 de mayo (RJ 818/2020) y 184/2012, de 9 de marzo (RJ 1790/2012).

En segundo lugar, para determinar si la conducta puede ser considerada especialmente vejatoria o degradante en contraposición a la inherencia de la degradación que se incluiría en el comportamiento del tipo básico, se considera que tal circunstancia debe constituir un plus de antijuricidad añadido a la degradante utilización de menores en el tipo básico. En efecto, la STS 12/2015, de 20 de enero (RJ 2/2015)⁴⁵² justifica la aplicación de la agravación en supuestos hipotéticos donde los menores son obligados a practicar sexo con animales y aquellos otros donde se realiza sobre éstos prácticas de urolagnia o undinismo. Prácticas todas ellas, que según el Tribunal conllevan un plus vejatorio o degradante más allá del hecho de que el

⁴⁵² La STS 12/2015, de 20 de enero (RJ 2/2015) considera particularmente degradante, prácticas como urolagnia, undinismo, o lluvia dorada al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños.

menor sea protagonista de una práctica sexual en el que es obligado por un tercero⁴⁵³.

Además, se postula por el Tribunal Supremo que para valorar la apreciación o no del tipo agravado es inidóneo trasponer al 189.2 b) los criterios que se establecen en el art. 180.1.1º -artículo referido a la agravación en los delitos de agresiones sexuales- «*cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*» y del art. 183.4 c) referenciado a la misma agravante pero circunscrita a los delitos de abusos y agresiones a menores de dieciséis años. En tal sentido, consideran que el ámbito del subtipo de la letra b) del art. 189.2 es mucho más amplio que las circunstancias señaladas en ambos preceptos⁴⁵⁴. Es más, la STS de 5 de julio (RJ 2010/7193) proclama la diferencia entre el subtipo agravado de uno y otro artículo, aun cuando su tenor literal sea idéntico, lo que permite asentar que es imposible trasladar la jurisprudencia vertida en torno al carácter particularmente vejatorio de la agresión sexual del art. 180.1.1º a la cualificación del art. 189.2 b). En efecto, dicha sentencia fundamenta que para la aplicación del carácter degradante o vejatorio como agravante, los conceptos han de ser predicados no en la acción sexual realizada por el sujeto activo, sino de la violencia o intimidación empleada para su ejecución.

⁴⁵³ SSTS 803/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650); 1098/2010, de 13 de diciembre (RJ 2011/1183); y 12/2015, de 20 de enero (RJ 2/2015).

⁴⁵⁴ Señala a este respecto CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, 2019, p. 308, la presencia en su aplicación para aquellos casos en los que «...el tipo de comportamiento sexual llevado a cabo o los medios utilizados para conducir al menor a la actividad resulten singularmente lesivos para su dignidad ...». En este sentido, la STS 803/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650) matiza que «...el trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreciar o envilecer a alguien, afectando a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de una pena tan notable como la que establece el subtipo agravado ...».

El tercer fundamento en que se sustenta el Tribunal Supremo es la reserva del subtipo a los que utilicen a los menores de edad y hayan participado en la creación o elaboración del material pornográfico y siempre que sean la misma persona, -art. 189.1 a)-. En tal sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo que la circunstancia sólo resulta aplicable a quien utiliza el menor y no al mero traficante (distribución, venta, exhibición, oferta, etc.) del material, como recoge el FJ 3º en la STS 674/2010, de 5 de julio (RJ 194/2010), «...aunque el material pudiese considerarse merecedor de la especial agravación...tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado de la modalidad típica del art. 189.1 b) al no haber participado en la elaboración del material pornográfico ...». De este modo, la aplicación de la agravación sólo procede en casos en los que se supera claramente el estándar de normal repugnancia. que ya de por sí comporta el material pornográfico con menores, entre otras, las SSTS 340/2010 de 10 de abril (RJ 2010/162341), 592/2009 de 5 de junio (RJ 2009/4210). Ilustrativos son los supuestos que aparecen en la STS 132/2020, de 5 de mayo (RJ 818/2020 respecto del material pedófilo incautado por la policía judicial, en el que aparecen bebés forzados a realizar determinadas conductas que, por su dureza, omitimos reproducir.

Concluyendo, como acertadamente mantiene el propio Tribunal Supremo la aplicabilidad de este subtipo sólo será posible para las conductas típicas de utilización de los menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración del material – art.189.1 a)- y de aquellas otras que vayan destinadas a su posterior tráfico –art. 189.1 b)-, pero eso sí, matizando que alcanzará este último ámbito siempre que el material pedófilo posea las características de pornográfico y que el autor tuviese conocimiento de tales prácticas⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ En parecidos términos se expresan las SSTS 184/2012 de 9 de marzo (RJ 1790/2012) y 132/2020, de 5 de marzo (RJ 818/2020).

Piénsese, en el sujeto que utiliza a un menor para que realice cualquiera de las prácticas mencionadas, las cuales superan ampliamente los parámetros normales de lo considerado como actitud degradante o vejatoria y otro sujeto mediante whatsapp está distribuyendo en directo a un grupo que ha sido creado por él –o sea, el administrador del grupo de whatsapp-.

Para finalizar y a propósito de la acción degradante, este tipo cualificado puede apreciarse de manera conjunta o individual con otros tipos penales cuando pueda observarse que la integridad moral se ve afectada. Es decir, cuando la víctima es objeto de humillación, vejación, envilecimiento, además, tales acciones pueden suceder tanto de forma conjunta, con el atentado a otros bienes jurídicos, como independiente⁴⁵⁶. Aun así, debe precisarse que el subtipo no tiene encaje para las modalidades de pornografía virtual o técnica.

1.3. Cuando el material pornográfico represente a los sujetos pasivos que sean víctimas de violencia física o sexual.

La inclusión de la agravación está fundamentada como respuesta a las demandas doctrinales que abogaban por el castigo de aquellas conductas innecesarias para la elaboración de pornografía infantil, pero frecuentemente relacionadas con las éstas. En efecto, se refieren a las filmaciones denominadas «Snuff movies» o «White heat» que constituyen aquellas imágenes en las que se aprecian torturas, violación e incluso llegando al asesinato con el único objetivo de registrar tales hechos en un medio audiovisual para ser comercializadas. Esta clase de material suele vincularse a redes pedófilas, grupos satánicos, trata de blancas y explotación sexual, entre otras.

Dos cuestiones se suscitan en la doctrina sobre el subtipo agravado. De un lado, en relación al término «menor», esto es, a qué

⁴⁵⁶ BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura*, 1992, pp. 96-99.

individuos va referida la letra del tipo. De otro, referenciado al «*material pornográfico que represente...*» a los sujetos pasivos siendo víctimas «*de violencia física o sexual*». En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, la doctrina se muestra muy crítica al señalar que el legislador no determina con claridad el tratamiento que hay que dispensar al sustantivo «menores», es decir, a quién se refiere el legislador con el término «menores»⁴⁵⁷. Para dar respuesta a tal cuestión surgen diferentes disertaciones: en primer lugar, aseveran que el subtipo incardina a los niños víctimas de violencia física o sexual que fueren menores de trece años -actualmente dieciséis años- y no a todos los menores de edad -menores de dieciocho años-. Otros, apuestan por la posibilidad de atender al criterio del concreto desarrollo del menor, con independencia de la edad que posea.

Con todo, es cierto que semánticamente el precepto habla de «*menores*» y, por ende, es lógico que resulta difícil averiguar a qué sujetos pasivos y con qué límite de edad pretende referirse el texto legal, si a: 1º) a los menores de dieciséis años; 2º) a quienes con independencia de su edad tengan apariencia de menor; 3º) o a cualquier menor de edad. En nuestra opinión, si la interpretación correcta del precepto es la primera, la agravación resulta innecesaria, habida cuenta que la utilización de menores de dieciséis años aún sin violencia, ya constituye un subtipo agravado recogido en el art. 189.2 a) Cp. Pero si, por el contrario, se aceptara la segunda de las soluciones, la inseguridad jurídica que se genera es muy elevada, sobre todo si al estimarse la agravación no se tiene en cuenta la presencia física del menor implicado en los actos de pornografía. Por tanto, a nuestro juicio, la tercera de las soluciones, esto es, abarcar el término menor, con independencia de la edad de éste, sería la que da mayor coherencia

⁴⁵⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal*, 2010, p.476.

a la agravación conforme a las exigencias de la Directiva 2011/93/UE⁴⁵⁸.

La segunda de las cuestiones referenciada al «*material pornográfico que represente violencia física o sexual*»⁴⁵⁹ sobre las víctimas, cabe significar que ese material pornográfico, en primer lugar, ha de constituir un material conforme a lo establecido en el último inciso del apartado primero del art. 189, con la salvedad de que el subtipo agravado no será de aplicación cuando se trate material pornográfico virtual y técnico, porque en estos casos no habría propiamente víctimas reales⁴⁶⁰ y, por ende, la inexistencia de un bien jurídico al que proteger, la indemnidad sexual y, además, el subtipo va referenciado no a la utilización de los sujetos pasivos sino al material pornográfico. Del mismo modo, el ejercicio de tal violencia física o sexual ha de estar reflejada bien en el espectáculo o en las imágenes elaboradas por el autor del delito que ha empleado ese tipo de violencia sobre los menores de edad, o bien en aquellas imágenes que son utilizadas para su preordenación al tráfico y de las que el autor conoce su contenido, es

⁴⁵⁸ En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, G./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., en ORTS BERENGUER, E./OTROS (coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, p. 175.

⁴⁵⁹ CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, p. 309, señala que es frecuente en el ámbito internacional la utilización del término violencia sexual para aludir de manera genérica a las distintas formas de victimización sexual de los menores. En parecidos términos TAMARIT SUMALLA, J.M., en TAMARIT SUMALLA, J.M./PEREDA BELTRÁN, N., (coords.), *La respuesta de la victimología*, 2014, pp. 307-309, le llama poderosamente la atención la tendencia a utilizar los términos violencia y abuso como sinónimos, «asumiendo el sentido extenso que en general se le atribuye a ambos en la literatura especializada norteamericana» y añade, «...que se avanzaría en la clarificación conceptual si la investigación victimológica empezara a emplear el término violencia sólo para referirse a los supuestos de uso de la fuerza física o psíquica, entendida ésta en el sentido de intimidación».

⁴⁶⁰ En este mismo sentido, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, 10ª ed., 2016, p. 403. Asimismo, GARCÍA PÉREZ, O., *Código Penal*, 3ª ed., 2010, p. 1429.

decir, que reflejan ese tipo de violencia⁴⁶¹. De ahí que el tipo agravado vaya circunscrito tanto a las conductas de la letra a) como la b) del art. 189.1 Cp⁴⁶².

En suma, el alcance de la agravación, en nuestra opinión, circunscribe a aquellos supuestos en los que el material pornográfico represente a las víctimas atadas, exista desproporción de miembros o se le obliga y somete a la realización de prácticas en sí mismas violentas como, por ejemplo, el sadomasoquismo, atarlos de pies y manos. Por ejemplificar, el caso en que iniciada la grabación del material se muestre a la víctima siendo golpeada para que ejecute un determinado acto sexual que procede a realizar tras las primeras agresiones. En este supuesto hipotético cabe apreciar el subtipo agravado del art. 189.2 c), en tanto que el material resultante contempla el empleo de violencia física contra víctima que participa en el espectáculo o en la elaboración del material. En términos parecidos, el Tribunal Supremo se muestra a favor de la consideración del tipo, entre otras, en la STS 3135/2010, de 22 de junio (RJ 2694/2009) en su FJ 6º: «...que el material pornográfico “represente”...es compatible con la conducta básica del art. 189.1.b) ahora enjuiciada (difusión del material pornográfico y posesión con dicha finalidad) por lo que no existe óbice alguno para su aplicación en supuestos de difusión caso de que se incluya entre el material ocupado algún archivo que represente a niños que son víctimas de violencia físico o sexual ...»⁴⁶³.

⁴⁶¹ CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, 2019, p. 308, con independencia de que esta autora defiende como bien jurídico la libertad sexual del menor, sostiene que el fundamento de tal agravación reside en los mayores riesgos que supone un material que fomenta atentados contra la libertad sexual, sino también el empleo de medios peligrosos para la vida y la salud de la víctima.

⁴⁶² Del mismo modo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., 2015, p. 227.

⁴⁶³ STS 12/2015, de 20 de enero (RJ 2/2015).

1.4. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

La cualificación se encuentra prevista en el art. 9 f) de la Directiva 2011/93/UE que contempla la exacerbadón punitiva cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente.

El tipo agravado consiste en la mera puesta en peligro de la vida o salud de las víctimas de forma dolosa o por imprudencia grave, constituyendo de este modo un delito de mera actividad. Así, con tal tipificación el legislador establece la exasperación penal para aquellas conductas que pongan en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave la vida o salud de las víctimas cuando sean captados o utilizados con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico, o inclusive para su posterior preordenación al tráfico. Por ende, puede pensarse en hipótesis que tal cualificación, si se atiende al tenor literal del precepto, abarca todas las conductas típicas no sólo de la letra a), sino también de las que se incardinan en la b) del art. 189. Sin embargo, a nuestro juicio, si bien es cierto que tal agravación se proyecta sobre a los hechos descritos en la letra a) del art. 189.1, en lo que respecta a su aplicación en las conductas de la letra b) su encaje viene preferiblemente destinado a la producción y distribución por cualquier medio de material pornográfico, cuando el autor coincida en la realización de las acciones señaladas de la letra a)⁴⁶⁴. En efecto, piénsese, que es posible poner en peligro la vida o salud del sujeto pasivo de forma dolosa o por imprudente grave para elaborar imágenes pedófilas o un video que pretende ser retransmitido directamente *-streaming-* por Internet o a través de un grupo de whatsapp.

⁴⁶⁴ Opinión defendida en la Circular 2/2015 de la FGE, p. 39.

Como se ha señalado con anterioridad, se trata de un subtipo agravado catalogado como delito de mera actividad que se castiga con independencia del delito de resultado que se ocasione. Es decir, el reproche penal está dirigido hacia la acción del sujeto que pone en peligro de forma dolosa o por imprudente grave de la vida o salud de la víctima. Además, si con tal acción se origina un resultado lesivo para la vida o salud de la víctima habrán de aplicarse las reglas concursales. A saber, un concurso de delitos entre este subtipo agravado y el delito de homicidio, asesinato o lesiones ya sean dolosa o imprudentemente cometido.

1.5. Cuando el material pornográfico fuere de notoria importancia.

Entre el elenco de circunstancias agravadas que ofreció la reforma de 2003 aparecía un subtipo agravado, art. 189.3 c), que endureció la pena *«cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico»*. Tal agravación ha demostrado tener problemas de aplicación en la práctica, pues resulta que en la *práxis* existen dificultades para concretar objetivamente la tasación en términos económicos, del material pornográfico incautado.

De tal manera que el reproche penal con esta agravación se intensificaba atendiendo al valor económico del material pornográfico obtenido mediante la captación o utilización de los sujetos pasivos o bien con la realización de cualquiera de las actividades típicas destinada al tráfico del meritado material y, por ende, sobre los hechos típicos circunscritos en ambas letras del art.189.1.

Casi dos décadas después, tal agravación ha desaparecido del texto legal con la reforma de 2015, siendo sustituida por otra de nuevo cuño en el art. 189.2 e) y que, si se observa, presenta un concepto indeterminado, pero intensifica la sanción penal *«cuando el material pornográfico fuere de notoria importancia»*. Abundando, del tenor literal del precepto se infiere que éste va referido al material pornográfico,

pudiendo consistir tanto en material virtual como técnico y, por ende, podrá abarcar al material pornográfico descrito en la letra c) y d) del inciso final del art.189.1 Cp. Ahora bien, en cuanto a su alcance a los efectos prácticos surgen varias cuestiones que el legislador no ha considerado al constituir el tipo. Con ello nos referimos a que tal circunstancia está indeterminada, pues la literalidad del precepto no esclarece qué pretende englobar con la expresión «*notoria importancia*». Tal situación permite pensar que provoca una vulneración del principio de certeza de la norma penal, con lo cual suscita inseguridad jurídica. Además, en puridad, el término «notoria importancia» ha venido a sustituir el anterior *valor económico del material*, que tampoco se encontraba definido y cuya única referencia en nuestro Código Penal para poder interpretarlo venía relacionada con el ámbito del tráfico de drogas -agravación del art. 368 referenciado a la cantidad de la sustancia-. Así que en este contexto algunos autores comparan ambos términos arguyendo que la expresión *notoria importancia* se refiere a la cantidad del material pornográfico que se incaute⁴⁶⁵.

Aclarado esto, la exacerbación punitiva se origina atendiendo a la cantidad de material pornográfico elaborado mediante la captación o utilización de los sujetos pasivos o bien la cantidad aprehendida del aludido material en la realización de cualquiera de las actividades típicas destinada al tráfico –es decir, sobre los hechos típicos circunscritos en ambas letras del art.189.1 Cp- y no en la tasación económica de éste⁴⁶⁶. Luego la posible aplicación de la agravante a las

⁴⁶⁵ Entre otros, ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 657; RAGUÉS I VALLÉS, *Lecciones de Derecho Penal*, 2015, p. 148; PÉREZ CEPEDA, A., en GÓMEZ RIVERO, C., (dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho*, 2015, p. 316.

⁴⁶⁶ El legislador asume de este modo las sugerencias ofrecidas por la FGE en su Informe Fiscal del Consejo de fecha 8 de enero de 2013 que propone la supresión o bien la reformulación del anterior art. 189.3 c) Cp: «...creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad

figuras que se describen en la letra b) encajará con la constatación de que se han realizado actos de distribución masivos que acopian material pornográfico. Esto significa, a nuestro juicio, que no será posible su aplicación a simples poseedores ni a aquellos que incluso habiendo acumulado grandes cantidades de material pornográfico no han difundido masivamente dicho material.

1.6. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación. Incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Esta figura aparece en el art. 5.2 b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI. A su vez, la DM para definir el término *organización delictiva* se remite a la Acción Común 98/733/JAI que en su art. 1⁴⁶⁷ la circunscribe a: «una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad...». A pesar de la definición legal que sobre el término *organización criminal* se da en estos instrumentos, en nuestra legislación penal aparecerán por primera vez, las tipologías delictivas relacionadas con las *organización criminal* y *grupo criminal* tras la reforma operada por LO 5/2010 en un nuevo Capítulo dentro del Título dedicado al Orden público y que pasarán a ser definidas en los arts. 570 bis y 570 ter, respectivamente. Dejando el contenido del art. 515 para las *asociaciones ilícitas* que ya venían tipificadas desde la reforma de 2003 y que la reforma de 2010 optó por seguir manteniendo. Es más, la

de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material) ...».

⁴⁶⁷ DO L 351 de 29/12/1998, pp. 1 y 2. Asimismo, cabe mencionar la Convención transnacional contra la delincuencia organizada de UN, hecha en Palermo en 2000.

última de las reformas operadas por LO 1/2015 tampoco ha modificado en esencia tales artículos⁴⁶⁸.

El art. 570 bis define como *organización criminal* a toda agrupación formada por más de dos personas que posea carácter estable o bien sea indefinido y que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones a fin de cometer cualquier delito. En cuanto a la significación de *grupo criminal* se refiere, el art. 570 ter lo define por exclusión, es decir, toda unión de más de dos personas que no revista de las características de la organización criminal, y tenga como finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos⁴⁶⁹. En lo referente a las asociaciones ilícitas, el art 515 establece tres grupos: a) aquellas que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituirse, promover su comisión; aquellas que aun teniendo un objetivo lícito empleen medios violentos o alteren o controlen la personalidad para conseguir tales objetivos; b) organizaciones paramilitares; c) aquellas que fomenten o inciten de forma directa o indirecta al odio, hostigamiento, discriminación o violencia contra las personas, grupos o asociaciones por motivos ideológicos, religiosos, etc.

Ahora bien, en lo atinente a esta agravante como tipo cualificado en materia de pornografía infantil su fundamentación radica en el

⁴⁶⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, C./LARRIBA HINOJAR, B., *RPM*, núm. 8, 2015, p. 219, manifiesta que la confluencia de las tres figuras delictivas ocasiona un solapamiento a los efectos penológicos.

⁴⁶⁹ Para DEL CARPIO DELGADO, J., en MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Análisis de las reformas*, pp. 235-236, la incorporación de tales definiciones conlleva un importante paso, pues con anterioridad a la inclusión de tales tipos, quienes se encargaban de delimitar el contenido recaía sobre la doctrina y la jurisprudencia.

VALLE MUÑIZ, J.M./MORALES GARCÍA, O., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código*, t. I, 3º ed., 2004, p. 1883, postula que la incorporación de esta agravante está fundamentada en que con ella se criminaliza el aprovechamiento de redes estructuradas que operan en el caso concreto, con independencia de su duración en el tiempo, o con la confluencia de otros fines, que a veces pueden resultar legales en las operaciones habituales de la organización.

mayor desvalor de la acción y la peligrosidad que conlleva el hecho de que estas actividades se realicen bajo el amparo de la criminalidad organizada al utilizar éstas los medios más violentos, con independencia de que revistan de carácter transitorio⁴⁷⁰. Es más, la apreciación del subtipo no puede ser confundida con la coautoría y su aplicación es posible tanto para la letra a) como a la b) del art.189.1.

Con todo, el tratamiento que se confiere a los efectos de su aplicabilidad presenta algunas peculiaridades. En efecto, así resulta cuando los hechos son cometidos a través de redes informáticas, procediendo en tales casos a realizar comparativas con los criterios que se han tenido presente en la determinación de esta misma agravante en otros delitos. Por otro lado, son muy pocas las resoluciones judiciales que en la actualidad tratan este asunto debido, sobre todo, a que los casos que están siendo investigados se encuentran aún *sub iudice*. No obstante, traemos a colación algunas sentencias que ejemplifican la aplicación o no del subtipo agravado. Así, la STS 1444/2004 de 10 de diciembre (RJ 2005/879) incardina el subtipo en el supuesto de una pluralidad de usuarios que coinciden en un *lugar de encuentro virtual* en Internet, coordinando sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores permitiendo su difusión, incluso a personas ajenas a la organización. Por ello, en este caso, el Tribunal Supremo en ocasiones se aviene a la puesta en relación de los diferentes sujetos que intervienen con el propósito de difundir las imágenes con una atribución de concretos contenidos, para establecer la agravación de organización criminal, sin que se requiera para configurarlo un conocimiento personal, directo y recíproco de los

⁴⁷⁰ En relación al carácter transitorio, la Circular 2/2015, de la FGE, p. 44 considera que puede subsumirse en el concepto de grupo criminal, pues éste es considerado como una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo.

diferentes integrantes del grupo «...no sólo el recurrente actuó en colaboración con otros integrantes del grupo de proveedores y consumidores del material pornográfico prohibido, con una específica atribución de funciones, cual la confección y aporte de álbumes de fotografías por él elaborados a un depósito centralizado en una específica página web, sino que, además con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta...ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción que es, en definitiva, la razón de ser esencial y el fundamento de la previsión legal agravatoria de la conducta ...»⁴⁷¹. En sentido contrario se muestra la STS 913/2006, de 20 de septiembre (RJ 2006/6401) en la que se desestima la concurrencia del subtipo agravado de organización delictiva al no considerar a las llamadas «comunidades de Microsoft», verdaderas organizaciones o asociaciones de delincuentes de pornografía infantil, por cuanto afirma que una organización delictiva requiere de un cierto dominio del hecho que no concurre en el consumo y aportación de imágenes de origen desconocido a la red de pornografía infantil «...por parte de personas que casi siempre actuaran en función a sus instintos sexuales y nunca por medio de órdenes, instrucciones o cualquier otra tarea previamente convenida ...». Añadiendo, que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de poderes y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes.

De otra, la Circular 2/2015 de la FGE indica que este subtipo agravado también es aplicable a organizaciones o asociaciones

⁴⁷¹ Otros Tribunales inferiores consideran que las «comunidades de Chats» pueden ser un ejemplo de organización o grupo criminal a fin de aplicar el subtipo agravado del art. 189.1 e); ejemplificando, se encuentran la SAP de Pontevedra 32/2013, de 12 de septiembre (JUR 2013/31085) y la SAP de Cádiz 201/2005, de 9 de junio (JUR 2007/190480) respecto de las «comunidades de Microsoft».

dedicadas a la producción pornográfica virtual o técnica, sin embargo, no aclara el por qué llega a este planteamiento. No obstante, a nuestro juicio, no es tanto la protección del bien jurídico que puede resultar menoscabado, pues a lo largo del presente trabajo doctoral hemos defendido la inexistencia de un bien jurídico al que proteger en relación a las conductas relativas al material pornográfico virtual y técnico, sino más bien, que la defensa de tal exasperación punitiva proviene del tipo de criminalidad a la que hay que hacer frente. A saber, los medios de los que disponen estas organizaciones posibilitan el fomento de la pedofilia y con ella la hipotética obtención de un beneficio económico que repercute en la comisión de otros delitos. Finalmente, en cuanto a la distribución de material pornográfico a través de Internet, la aludida Circular de la FGE⁴⁷² no admite la posibilidad de aplicación del subtipo agravado al mero intercambio *peer to peer* de archivos, pues asevera que sería una interpretación extensiva y contraria al principio de proporcionalidad como así lo recoge la STS 107/2010, de 16 de febrero (RJ 2010/559). Sin embargo, en sentido contrario el ATS 25/2011, de 10 de febrero postula la aplicación del subtipo a los supuestos de comunidades virtuales en las que realmente exista un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incremente el potencial lesivo de la conducta.

Por último, reseñar los problemas concursales que se pueden generar al subsistir esta agravante con otros subtipos agravados de otras figuras delictivas. En efecto, ello ocurrirá en relación con otros tipos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, es decir, con las figuras delictivas descritas en los artículos anteriormente aludidos -arts. 570 bis, 570 ter y 515.1º-. En ese caso, el criterio establecido por el legislador, en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina⁴⁷³, es la

⁴⁷² Circular 2/2015 de la FGE, p. 42.

⁴⁷³ Es doctrina pacífica el rechazo a esta solución punitiva, es decir, a la utilización del principio de alternatividad o consunción impropia del art. 8. 4º, puesto que

aplicación de un concurso de leyes a resolverse mediante el principio de alternatividad o principio de consunción impropia sancionable con la pena más grave, toda vez que el art. 570 quater, párrafo segundo del apartado segundo establece tal solución. Y de otro, los posibles concursos de delitos entre el delito de pornografía infantil y los delitos de organización o grupo criminal.

1.7. Persona responsable del menor o persona discapacitada necesitada de especial protección, aunque fuera provisionalmente, o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

El subtipo regulado en la actualidad en el art. 189.2 g) Cp aparece, por primera vez, en la reforma llevada a cabo en 2003 del CP -art. 189.3 f)-. En él se preceptúa la responsabilidad penal de aquellos sujetos activos que guarden una especial relación de hecho o de derecho con los sujetos pasivos, con pena privativa de libertad de cuatro a ocho años y multa de seis a dos años. Es decir, se sancionaba penalmente a aquellos que tuvieran la patria potestad, tutela, curatela, etc. de estos individuos. Con posterioridad, la reforma de 2015 ha variado su ubicación sistemática y transformado significativamente el contenido del precepto, pues amplía el elenco de posibles autores. De este modo, el precepto queda configurado conforme a las exigencias marcadas en la Directiva 2011/93/UE que amplía el número de posibles sujetos activos, por ejemplo, a profesores, educadores, religiosos, canguros que estén encargados del menor y que hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

como sostienen entre otros, GARCÍA RIBAS, N./LAMARCA PÉREZ, C., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dirs.) *Comentarios a la reforma*, 2010, pp. 516 y 517, dentro del artículo aludido para solucionar los conflictos de normas, en el orden de prelación que se establece el principio de alternatividad se encuentra en último lugar. Para más información, MENÉNDEZ RODRÍGUEZ, M.C., *EPC*, vol. XXXIV, 2014; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *RPM*, núm. 8, 2015; FARALDO CABANA, P., *La delincuencia organizada*, 2013; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *RGDP*, núm. 23, 2015.

El fundamento punitivo de la cualificación es un especial deber, esto es, el deber de un especial cuidado que han de demostrar los sujetos activos por ser ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestro o cualquier otra persona que esté encargada del menor, tenga encomendada la correcta formación del menor o bien se dediquen a enseñarles a valerse por sí mismos o a educarlos y a velar por el correcto desarrollo de su persona, libre de injerencias externas. Pues bien, si estos sujetos vulneran ese deber de cuidado legal o de hecho, parece lógico que se agrave su responsabilidad penal, así como por la mayor afectación al bien jurídico protegido, habida cuenta que son personas que tratan directamente con los menores o personas con discapacidad. En definitiva, a nuestro juicio, el legislador es consciente del mayor grado de lesividad o de la mayor gravedad de la antijuricidad para la que se establece una pena proporcional a la gravedad de los hechos, por cuanto que el sujeto activo guarda ese especial deber de cuidado con el sujeto pasivo.

Por otro lado, la doctrina ha manifestado en torno a esta agravante, la posible relación entre la cualificación que analizamos y las agravantes genéricas de abuso de confianza o de superioridad. En este sentido, se afirma que tal cualificación en el fondo consiste en una variedad de ésta última, pues sólo a partir de una posición de superioridad tiene sentido y justificación la agravante. O, en otras palabras, sólo en la medida en que el sujeto está en posición de coartar la libertad o de condicionar al sujeto pasivo. De este modo, para Orts Berenguer se trata de una variedad de abuso de confianza o de superioridad y para que sea efectiva «...el dato del parentesco o de la convivencia es superfluo si no aportan alguna clase de ventaja o capacidad de influir en los sujetos pasivos...»⁴⁷⁴. Sin embargo, a este

⁴⁷⁴ ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 657.

respecto cabe añadir que a nuestro juicio la aplicación de la agravante mixta de parentesco (art. 23 Cp) será irrelevante desde en el momento en que quepa la aplicación del subtipo agravado, pues de lo contrario, esto es, de tenerse presente ambas agravantes supondría la vulneración del principio *non bis in ídem*⁴⁷⁵.

Finalmente, en cuanto a su posible aplicación el tipo no se tendrá en cuenta para las conductas relacionadas con la pornografía virtual o técnica⁴⁷⁶. Asimismo, consideramos que el tipo cualificado sólo es predicable respecto a las modalidades típicas que se recogen en el art. 189.1 a), a pesar de que el tenor literal del art. 189.2 establezca su observancia para todas las conductas descritas del art. 189.1. Y ello es así, debido al incremento de desvalor de la conducta y del resultado que conlleva su comisión, cuando la persona ostenta una posición de confianza o autoridad respecto de los sujetos pasivos en la realización de las modalidades del art. 189.1 a)⁴⁷⁷. Ahora bien, como ocurre con otras cualificaciones, este tipo tendrá aplicación respecto de las conductas descritas en la letra a) y b) del art. 189.1 si el autor de éstas coincide.

A propósito de las Disposiciones comunes que se establecen para los Capítulos descritos en el Título VIII, del Libro II del Código Penal, se hace necesario matizar en relación a los efectos punitivos la relevancia que posee el art. 192.2 Cp respecto del subtipo agravado. En efecto, dispone el art. 192.2 que, si los sujetos incurriesen en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en el Título VIII a título de autores o cómplices sean castigados con las penas que les corresponda en su mitad superior. Sin embargo, aquel precepto no puede ser aplicado en la conducta típica agravada del art. 189.2 g) ya que el legislador ha

⁴⁷⁵ Así también se manifiesta la STS 244/2014, de 25 de marzo (RJ 2014/1760).

⁴⁷⁶ Del mismo modo, se sostiene en la Circular 2/2015 de la FGE, p. 45.

⁴⁷⁷ En tal sentido, STS 432/2020, de 9 de septiembre (RJ 2831/2020).

tenido en cuenta tal agravación al redactar el precepto, tesis que es sostenido por el Tribunal Supremo en la STS 10629/2017, de 11 de abril (RJ 2018/173)⁴⁷⁸.

1.8. Concurrencia de la agravante de reincidencia.

La letra h) del art. 189.2 incorpora una nueva agravante específica, la reincidencia, aunque como agravante genérica ya aparece en el art. 22. 8ª Cp.

La incorporación del subtipo es dimanante de la reforma de 2015 del CP en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el legislador de trasposición de la Directiva 2011/93/UE, art. 9 e). Dos cuestiones se suscitan tras su inclusión. Así, si se atiende a la lectura de este artículo se observa que, en puridad, lo único que exige la mencionada Directiva europea es que se agrave la responsabilidad penal en el supuesto en que el autor de la conducta típica hubiera sido condenado con anterioridad por la realización de infracciones de la misma naturaleza. Por tanto, el legislador ya cumple con el mencionado mandato europeo a través de la previsión genérica de reincidencia del art. 22. 8ª Cp. Pero es más, los pilares en los que se basa la letra h) son los mismos en los que se apoya la agravante genérica de reincidencia⁴⁷⁹. A saber, su contenido es idéntico, pero con la diferencia de que aquélla es de apreciación facultativa y la cualificación que analizamos, no lo es. Abundando, es importante reseñar que no cabe

⁴⁷⁸ En este sentido, la STS 10629/2017, de 11 de abril (RJ 2018/173) llega a esta conclusión con el análisis del art. 183.4 Cp en relación con el art. 192.2 Cp manifestando «...pero no dable utilizar el art. 192 cuando el tipo aplicado prevé esa condición de manera explícita. En esos casos queda vedada la entrada en juego del art. 192.2 Cp ...».

⁴⁷⁹ CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual*, 2019, p. 314, sostiene que es incomprensible que se utilice esta agravante como específica para los delitos de pornografía infantil y su elevada exasperación punitiva aplicarse y, sin embargo, tal consideración no la haya tenido el legislador para los delitos de abusos y agresiones sexuales.

apreciar la agravación si se constata previamente la concurrencia de la reincidencia como agravante genérica, art. 22. 8ª Cp, pues de hacer concurrir a ambas implicaría una doble valoración sancionadora y, en consecuencia, la vulneración del *principio non bis in idem*.

Consecuentemente, a los efectos penológicos no es necesario entrar a valorar lo dispuesto en el art. 66.1.5º Cp, en virtud del cual «cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo Título de éste Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista en la ley para el delito de que se trate, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

En definitiva, de realizarse alguna de las modalidades típicas del art. 189.1 junto a la existencia de los elementos que constituyen la agravante genérica de reincidencia se aplicará el subtipo agravado del art. 189.2 h)⁴⁸⁰, sin la necesidad de entrar a valorar lo dispuesto en el art. 66.1.5º, pues ya queda establecido en el subtipo agravado el marco penal aplicable. En tal sentido, lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS 240/2020, de 26 de mayo (RJ 1319/2020).

Finalmente, el subtipo agravado deberá ponerse en relación con lo preceptuado en el art. 190 -equipará las condenas de jueces extranjeros a las sentencias dictadas por el juzgador nacional a los efectos de tener en consideración la agravante de reincidencia-.

⁴⁸⁰ Para ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 266, este subtipo cualificado constituye algo más que determinar la pena aplicable, y «...con más razón si cabe genera las mismas reservas que la agravante genérica del art. 22. 8º».

2. CUALIFICACIONES DE SEGUNDO GRADO: ART. 189.3 CP.

El art. 189.3 Cp dispone que: «Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores».

La Directiva 2011/93/UE exige a los Estados miembros que acoten en sus respectivas legislaciones una agravante específica vinculada al empleo de coacción, fuerza o amenaza con un menor para que participe en espectáculos pornográficos. Fruto de esta Directiva y la obligatoriedad de asumir tal instancia, el legislador español dispone crear un nuevo precepto que será incluido con la reforma de 2015. Tal tipo hipercualificado quedará ubicado en el art. 189.3 castigando todas aquellas conductas en las que se haya empleado violencia⁴⁸¹ o

⁴⁸¹ Respecto del término violencia que aparece tanto en el tipo cualificado del art. 189.2 c) como en el hipercualificado, art. 189.3, es doctrina pacífica que la violencia puede ser de dos clases diferentes: la primera, como equivalente a fuerza material o maltrato de obra, y la segunda, coincidente con la naturaleza del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole. En cuanto a la interpretación que se da a estas clases de violencia la jurisprudencia y doctrina coinciden en su mayor parte, sólo que el Tribunal Supremo va más allá y los matiza, como así se reflejan en las SSTS 588/2010, de 22 de junio (RJ 2010/3724), 1098/2010 de 13 de diciembre (RJ 2011/1183) y 12/2015 de 20 de enero (RJ 2015/131) en las que alguna de ellas analiza el sadismo. De este modo, el TS entiende por violencia física, aquella que implica el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. Pues bien, si se observa, el asunto estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer la resistencia exteriorizada. Y la violencia sexual se manifiesta a través aquellas acciones o situaciones de forzamiento equiparables a una violación o agresión sexual o casos de niños que aparecen atados de pies y manos, supuestos de especial sometimiento e inmovilización que excedan de la simple relación sexual con un menor, incluso de menores de trece años. Cabe subrayar, la STS de 7 de febrero de 2011 (RJ 2011/329) que determina que la agravación del art. 189.2 c) no opera automáticamente en los casos en que las imágenes captadas o la utilización del menor impliquen acceso carnal, pues ello implica una lesión al principio non bis in idem. Es decir, el Tribunal entiende que la mera cita «de acuerdos internacionales sobre menores no autoriza, en el ámbito del Derecho penal equiparar y castigar el mismo hecho como pornografía infantil y, asimismo, como violencia sexual».

La STS de 20 de enero de 2012 (RJ 2010/3799) determina las características que debe presentar la violencia sexual para integrar el subtipo agravado sin incurrir en el principio non bis in idem, y así, define la violencia como la cualidad de violento y este es un adjetivo que se aplica tanto a quién actúa con comedimiento, a las cosas fuertes o intensas. Con este criterio, la resolución, siguiendo el criterio de otras previstas

intimidación tendentes a la captación o utilización con fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico y además concorra cualquiera de las circunstancias agravatorias del art. 189.2. Es decir, ejemplificando, cuando se realice intimidación sobre un menor de dieciséis años para que exhiba sus genitales en la elaboración de una filmación pornográfica, siendo penada como superior en grado a la establecida en el art. 189.2⁴⁸². O bien, si se utiliza violencia para elaborar el material pornográfico y además dicha violencia aparece reflejada en el material resultante. Por ende, se infiere que el tipo va dirigido a una conducta situada en una fase anterior a la realización del espectáculo en sí o en la elaboración de material pornográfico y al no existir otro precepto al respecto, cabe concluir que ese es el verdadero contenido de la agravación específica.

Con todo, no hay que confundirlo con el art. 189.2, aunque aparentemente pudiere pensarse que existe cierta similitud, pues como se ha señalado el art. 189.2 c) Cp agrava la pena cuando el material pornográfico represente a los sujetos pasivos que sean víctimas de violencia física o sexual, comportando su ámbito de aplicación a la totalidad de las conductas del art. 189.1, mientras que el específico, es decir, el art. 189.3 lo hace únicamente sobre el art. 189.1 a).

Esto permite diferenciar el contenido del art. 189.2 c) el cual está pensado para el material pornográfico en sí, sin embargo, el art. 189.3

como la STS de 7 de febrero de 2011 (RJ 2011/329), reserva el subtipo agravado para hipótesis de violencia especialmente intensa, tales como la derivada de la desproporción de miembros que, con carácter general, puede darse en la relación sexual con menores.

⁴⁸² La aplicación de este delito y por consiguiente su marco penal puede dar lugar a que nos encontremos ante una pena de prisión que puede oscilar entre los 9 años y un día a 13 años y 6 meses. Ello significaría como un sector de la doctrina ha señalado, estar ante una pena prácticamente cercana a la pena establecida para el delito de homicidio. ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma*, 2015, p. 658.

se encuentra vinculado más bien a la violencia producida al realizar las distintas conductas típicas, pero, sobre todo, a la utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, donde no existe material pornográfico en sentido estricto.

En definitiva, si la violencia física o psíquica fuera empleada para la utilización de la víctima en el espectáculo habrá que aplicar el art. 189.3, mientras que si se trata de una violencia física o sexual representada en el propio material pornográfico se circunscribe al art. 189.2 c). Además, el tipo de violencia contemplado en uno y otro artículo es distinto, ya que el tipo agravado genérico contempla únicamente la física y sexual, mientras que el específico o tipo cualificado de segundo grado es la física o psíquica -considerada como intimidación-⁴⁸³.

Finalmente, subrayar a los efectos penológicos que desde la aprobación de la reforma de 2015 se garantiza la no vulneración del principio *non bis in idem*. Así, mediante el criterio jurisprudencial de la prohibición de sancionar a través del concurso de delitos aquellos hipotéticos casos en los que se acreditase la conducta de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico -haciéndose uso de violencia o intimidación- y la correspondiente agresión sexual sobre el menor cuando la violencia o intimidación haya sido usada para realizar el acto sexual grabado. En tales casos, el Tribunal Superior tiende a fijar el concurso de leyes, imponiendo la pena más grave en aplicación del principio de alternatividad o consunción impropia -SSTS 947/2009 de 2 de octubre (RJ 2009/5988); 795/29 de 28 de mayo (RJ 2009/4200)-.

⁴⁸³ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentario a la reforma 2015*, p. 320.

3. CONCLUSIONES.

La reforma de 2015 tuvo para el art. 189.2 Cp varias consecuencias: por un lado, el incremento del catálogo de tipos agravados que ya se contenían en él, decisión que fue objetada por la doctrina que la tachó de excesiva. De otro, se resuelve aumentar la ya exacerbada punición que contenía con anterioridad a su modificación. De este modo, se procede a castigar con pena de cinco a nueve años a los autores que realicen cualquiera de las conductas descritas en las letras a) y b) del art. 189.1, cuando concurra alguna de las circunstancias agravantes mencionadas en aquél. Y finalmente, como resultado de este cambio legislativo aparecen ciertas cualificaciones similares o casi idénticas a las expresadas en otros artículos como las descritas en los arts. 183, 187, 188 b), d), f) y g). Pues bien, al parecer la fundamentación de la inclusión del tipo está basada en la pretensión de dar coherencia a todo el Capítulo V y al Capítulo II bis -referido a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años-.

Por otra parte, como hemos tenido oportunidad de exponer en líneas anteriores, pese a que su tenor literal establece como ámbito de aplicación todas las conductas del art. 189.1, ello no es del todo exacto como demuestra su nula funcionalidad con respecto de algunas modalidades típicas del art. 189.1 a). En concreto, en la conducta «captar» sólo pueden concurrir las cualificaciones d), f), g) y h)- y para «financiar» y «lucrarse» son operativas las contenidas en la letra f) y h). Lo mismo sucede con ciertos tipos descritos en la letra b) del art. 189.1 como «producir», «facilitación» y «posesión» para la ordenación al tráfico para las que sólo tienen relevancia las agravantes de las letras c), e), f) y h).

Abundando en ello, a excepción de lo que acabamos de señalar, la posibilidad de que puedan concurrir las cualificaciones en el resto de las figuras típicas de la letra a) y b) del art. 189.1 sucederá cuando el sujeto activo sea idéntico en la comisión de una conducta descrita tanto

en una como en otra letra o bien tenga conocimiento de que se realizan tales prácticas como sucede con la agravante «*cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*». Por ejemplificar, cuando el autor esté utilizando a un niño de cinco años - art. 189.2 a)- al que está agrediendo sexualmente de forma particularmente degradante -art. 189.2 b) y c)- y las imágenes se están retransmitiendo en *streaming* –elaboración de material pedófilo y distribución del mismo-⁴⁸⁴, o bien es otro sujeto el que las distribuye, siendo conocedor que en el material pedófilo se realizan prácticas particularmente degradantes o vejatorias. De igual modo ocurre con la cualificación de la letra d), referenciada a «*cuando el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*», habida cuenta que su apreciación precisa que el autor haya tenido un contacto directo con la víctima y ello sólo es posible con la utilización en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, para elaborar material pornográfico –art. 189.1 a)- y para su distribución por Internet –art.189.1 b)-. Las agravantes que no presentan problema alguno, y por consiguiente pueden concurrir en ambas letras del art. 189.1 son las letras g) y h), es decir, cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal y la residencia.

En definitiva, de lo expuesto hasta el momento se infiere que la técnica legislativa empleada es errónea y confusa cuando de la aplicación de los distintos tipos cualificados se trata.

Con todo, no son sólo objeciones o críticas las que caben realizarse sobre la modificación que supuso la reforma de 2015, también es necesario reconocer, desde nuestro punto de vista, que el legislador acierta con la inclusión de la agravante recogida en la letra g) del art.

⁴⁸⁴ Aunque volvemos a insistir que, en tal supuesto la conducta de distribución queda subsumida en la de la elaboración del material.

189.2 Cp, referente a las personas responsables legales o de hecho de los sujetos pasivos, aunque sea de forma provisional⁴⁸⁵.

Ahora bien, dicho esto también es necesario destacar que la aplicación de los diversos tipos cualificados debe ser restrictiva en la medida que su comisión conlleva un mayor desvalor de la acción⁴⁸⁶. Partiendo de este planteamiento, procedemos a realizar en las líneas siguientes algunas consideraciones con ciertas agravaciones. En primer lugar, respecto a la letra b) del art. 189.2 no cabe duda de que su comisión implica un salto cuantitativo con respecto a la pena del tipo básico –de 5 a 9 años de prisión por su comisión–, pero creemos que su incorporación era necesaria en el texto legal por el mayor desvalor que supone la realización de actos particularmente degradantes en la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o en la elaboración de material pornográfico, puesto que degrada aún más al menor al convertirlo, en esas ocasiones, en un animal u objeto de capricho de las ansias sexuales y parafilias de un pervertido. Por ende, tal agravación comporta un «plus» añadido a tales conductas, de por si lamentables, que los jueces han de valorar de forma imparcial, abstrayéndose del caso concreto para dictaminar con objetividad si existe o no en los hechos probados ese «plus» añadido que supere el estándar establecido de lo considerado como degradante o vejatorio.

En segundo lugar, la descrita en la letra d) del art. 189.2 referente a la puesta en peligro de la vida o salud de las víctimas, el legislador no determina expresamente los parámetros de su ámbito de aplicación, es decir, cuándo la víctima se encuentra o no en una «situación de peligro

⁴⁸⁵ Son muchos los titulares de prensa que se han hecho eco de los sucesos en los que profesores, monitores, entrenadores están siendo investigados o han sido juzgados por realizar este tipo de delincuencia.

⁴⁸⁶ El criterio de antijuricidad material, no sólo sirve para realizar una interpretación restrictiva del tipo, sino también para graduar la gravedad de la conducta.

objetivo». A causa de esa indeterminación en la expresión «situación de peligro objetivo» los Tribunales se ven abocados a descifrar cuáles son las lindes de esta agravante para fundar el reproche penal. Es más, si la decisión legislativa se hubiese inclinado por no incorporar tal agravante las conductas no hubiesen quedado huérfanas de responsabilidad penal, puesto que siempre queda el recurso penológico de acudir a un concurso con los delitos de homicidio y lesiones en aquellas situaciones en las que se ponga en juego la vida y la salud de las víctimas.

En tercer lugar, como se ha señalado anteriormente, consideramos que ha sido un acierto ampliar el contenido de la letra g) del art. 189.2. En efecto, el legislador cree conveniente ampliar los sujetos activos en esta modalidad típica en el intento de no dejar ninguna persona al margen de una posible responsabilidad penal por los hechos cometidos bajo los parámetros de esta agravación. Es decir, ya sea como representante legal de los sujetos pasivos o bien por la profesión que desempeñe al ostentar su cuidado.

Podría afirmarse en contra de la tipificación de esta agravante que el legislador utilice el aumento de la exacerbación punitiva en esta ocasión, cuando existen otras posibilidades para endurecer la pena. Y no se deben negar en tanto que nuestro Código Penal ya regula un elenco de agravantes en los arts. 22 y 23 Cp que pueden ser observadas para valorar estos hechos delictivos. Así sucede con el abuso de superioridad, de confianza, la enfermedad o discapacidad que padezca la víctima en aquellos casos en los que se vean inmersa una persona con discapacidad necesitada de protección, o incluso la circunstancia mixta de parentesco. Pero en esta ocasión, cuando se trata del tipo regulado en la letra g) estamos ante una agravante específica de aplicación a los delitos de pornografía infantil.

En cuarto lugar, el tenor literal de la letra f) establece expresamente los términos de «organización criminal y asociación». En

nuestra opinión, aunque en principio pudiera pensarse que el legislador utiliza el término «asociación» como sinónimo de asociación ilícita -art. 515- realmente, con tal sustantivo se está refiriendo más bien a grupo criminal.

Asimismo, con tal agravación se persigue sancionar las conductas más gravemente realizadas en tanto que se trata de sancionar aquellos delitos que se comentan a través de una delincuencia organizada. Pero tal y como está redactado el tipo, en nuestra opinión, cabría considerarse inmerso en él la asociación formada por dos pedófilos que se intercambian material pornográfico, o incluso el hipotético supuesto en el que uno de ellos se encargue de captar a los menores y el otro elabore el material pornográfico infantil, por ejemplo, realizando las fotografías a las víctimas. Este planteamiento conllevaría a los efectos penológicos la privación de libertad de cinco a nueve años, lo cual consideramos excesiva para este tipo de conductas.

De otro modo, el legislador insiste en su afán por elevar las penas cuando pueden aplicarse los arts. 570 bis y ter Cp en relación con las organizaciones y grupos criminales. Pero tal solución le ha tenido que resultar escasa si aplica el marco penal de los meritados artículos – para organizaciones criminales de 2 a 5 años en su mitad superior y para los grupos criminales de 2 a 4 años en su mitad superior-.

En quinto lugar, en relación al tipo hiperagravado o tipo cualificado de segundo grado del art. 189.3 la Directiva 2011/93/UE exigía a los Estados miembros, que acotasen en sus respectivas legislaciones una agravante específica referente a aquellas conductas en las que se emplee la coacción, fuerza o amenaza con un menor para que participe en espectáculos pornográficos. De esta forma, con la redacción dada al art. 189.3 Cp se observa, que su incorporación conlleva un incremento mayor de desvalor en la conducta del autor y, por consiguiente, mayor reprochabilidad penal a una conducta anterior a la realización del espectáculo exhibicionista o pornográfico que, sin

embargo, el legislador ha considerado extender a las modalidades típicas de captación o utilización para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico. Así, el ámbito de aplicación del precepto tendrá lugar cuando con violencia o intimidación se realicen las conductas típicas de la letra a) del art. 189.1, en concreto, las referentes a la captación o utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar este tipo de material y además concorra algunas de las circunstancias agravatorias que se establecen en el art. 189.2.

Finalmente, la última consideración que queremos realizar en esta sede es sobre la hipotética concurrencia de más de dos circunstancias agravantes cuando se constaten en los hechos típicos -situación que suele reflejarse para otros delitos-. En este sentido, creemos que el legislador no ha considerado factible tal posibilidad para los delitos de pornografía infantil, al ser consciente de la dureza de las consecuencias jurídicas que se imponen a las figuras delictivas para hacer frente a la pornografía infantil.

CAPÍTULO TERCERO.

SUJETOS DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN.

El presente capítulo abordará el análisis de los sujetos de los delitos de pornografía infantil cuyas conductas típicas, y sus cualificaciones han sido analizadas en el capítulo anterior.

Teniendo en cuenta que, nada tiene sentido si no existe un sujeto a quien imputar la comisión de las conductas referenciadas a la pornografía infantil y dirigir frente a él el reproche penal, analizaremos, en primer lugar, la figura del sujeto activo junto a los problemas que plantea delimitar la autoría de la participación.

En segundo lugar, analizaremos el círculo de sujetos pasivos que, tras la reforma de 2015 del Código Penal, queda limitado al menor de edad y a la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Sobre el menor de edad surgen varias cuestiones como consecuencia de su protagonismo, al ser víctima de aquellas conductas de carácter sexual en las que exista afectación al bien jurídico protegido, indemnidad sexual, del que también es titular. En efecto, en esta sede trataremos de determinar el concepto de menor de edad, que adelantamos, es asumido por el legislador según se expone en la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 por la asunción de obligaciones provenientes de los textos internacionales; la determinación de la minoría de edad para prestar válidamente su consentimiento en las actividades sexuales en el que se vea involucrado y en concreto, las relativas a la pornografía infantil; qué consecuencias entraña la decisión legislativa de dispensar distintas edades en los tipos relacionados con la protección de la sexualidad de los menores; y por último, analizaremos aquellos casos conflictivos para determinar la edad en la pornografía virtual, del material pornográfico infantil que provenga del extranjero siendo su protagonista igualmente extranjero y, las consecuencias jurídicas derivadas de la utilización en plural de los conceptos que designan a los titulares del bien jurídico.

Del análisis jurisprudencial sobre los delitos de pornografía infantil, se observa que no hay casos en los que la víctima de éstos sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección. A pesar de ello, es imprescindible su estudio, entre otros, por dos motivos: el primero, porque la *persona con discapacidad necesitada de especial protección* es titular junto con el menor del bien jurídico protegido, indemnidad sexual, cuya lesión o puesta en peligro se protegen a través de los delitos regulados en el Título VIII, según se desprende de su propia rúbrica; y segundo, porque habrá que concretar la fundamentación de su regulación y las consecuencias, si las hubiere, que se derivan del cambio de denominación que propició la última reforma de 2015 –antes de tal reforma el término empleado era incapaz-.

II. SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

En principio, podemos afirmar que los delitos relativos a la pornografía infantil previstos en el art. 189.1 y sus correspondientes cualificaciones, son delitos comunes⁴⁸⁷ puesto que el sujeto activo puede ser cualquier persona⁴⁸⁸, sin necesidad de que ésta tenga alguna característica concreta o se le exija una especial cualidad. Así, por ejemplo, cualquier persona ya sea mayor o menor de edad, puede ser sujeto activo de la captación o utilización de menores de edad o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico,

⁴⁸⁷ STS 1055/2009, de 3 de noviembre (RJ 6828/2009).

⁴⁸⁸ De igual forma se manifiestan, entre otros, CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal Español*, 2ª ed., 2005, p. 316; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, 6ª ed., 2010, pp. 238 y 239; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los Delitos contra la libertad*, 2001, p. 245.

cualquiera que sea su soporte. Lo mismo cabe afirmar respecto a financiar o lucrarse con las anteriores actividades. Tampoco se exige alguna cualidad especial para ser sujeto activo y, por tanto, nos hallamos ante un delito común cuando se trate de la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, la aplicación de determinados tipos cualificados requiere una especial cualidad del sujeto activo. Es decir, para agravar la pena de cualquiera de los tipos básicos por las características especiales que se desprenden del sujeto activo, por ejemplo, el ser ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él, o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

Sin embargo, tal como veremos a continuación, el verdadero problema que se presenta es determinar el grado de imputación de cada uno de los intervinientes en estos delitos. Así, por ejemplo, si nos encontramos ante un supuesto de elaboración de material pornográfico en el que intervienen tres personas, cada una con roles distintos, puede que no todos los sujetos respondan a título de autoría, sino que sólo uno merezca tal consideración y el resto deban ser considerados como partícipes.

En el capítulo anterior destacábamos que la técnica legislativa utilizada en la redacción de los tipos relativos a la pornografía infantil obligaba a realizar una delimitación de las conductas para ser

consideradas como típicas. Esta técnica caracterizada por su amplitud puede provocar que en la práctica, hechos que constituyen una mera contribución sean elevados a la categoría de autor. O dicho de otra forma, se corre el riesgo de considerar como formas de autoría, conductas que en muchas ocasiones sólo lo serán a título de participación, por lo que la aplicación del tipo ha de ser restrictiva, pues de lo contrario, provocaría una confrontación con el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

De este modo, las complejidades que pueden aparecer en esta sede, normalmente, vienen referidas a la elaboración del material pornográfico –art. 189.1 a)- y las correspondiente a la distribución del aludido material a través de Internet –art. 189.1 b)-. Así, la primera de ellas relativa a las conductas de elaboración de material pornográfico – art. 189.1 a)- y, en concreto, cuando en la elaboración del material pornográfico exista un previo reparto de funciones en el trabajo, acertadamente Orts Berenguer/Roig Torres sostienen que, sólo podrá ser considerado autor quien pueda decidir sobre la intervención de la víctima de forma significativa, por lo que no podremos considerar como sujetos activos a quienes, por ejemplo, se encarguen de iluminar la escena o a controlar la grabación de la misma, o de alquilar el local donde se realiza y, que a lo sumo, únicamente pueden ser considerados como cómplices⁴⁸⁹. Abundando en esta última consideración, tal acción quedaría circunscrita exclusivamente para los supuestos en los que se realice una elaboración del citado material de forma directa, esto es, mediante la grabación en vivo de imágenes destinadas, principalmente, a la realización de películas, filmaciones, reportajes fotográficos de

⁴⁸⁹ ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 130; ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6º ed., 2019, p. 263.

naturaleza pornográfica, o las imágenes captadas a través de una webcam que son difundidas directamente a través de la Red⁴⁹⁰.

Pero, es más, a nuestro juicio, determinar la responsabilidad penal a un individuo puede complicarse aún más. En efecto, pongamos de ejemplo, el hipotético caso de un sujeto que deja su casa para promover, clandestinamente, que se realicen actividades de carácter exhibicionista o pornográficas con menores, las cuales van a ser grabadas, y sin haber intervenido previamente en la captación de los menores, además, la aportación de la casa es esencial para que el espectáculo pueda realizarse y llevarse a cabo la elaboración del material pornográfico. Pues bien, en tal supuesto hipotético caben dos posibilidades. De un lado, la conducta del sujeto que promueve tal espectáculo, y aun no participando en la primera fase de ejecución del delito, es decir, la captación o utilización de menores para tales prácticas puede considerarse, bien como cooperación necesaria de un delito de captación o utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, o bien como coautoría de tal conducta –art. 189.1 a)-. Para ser calificada como coautoría dependerá del dominio funcional del hecho⁴⁹¹ que posea el dueño de la vivienda sobre lo que allí se vaya a realizar, pues, de existir un concierto previo en el reparto

⁴⁹⁰ Obsérvese, que si es el mismo sujeto el que instala la webcam y distribuye directamente a través de Internet las imágenes pornográficas o exhibicionistas captadas de las víctimas, éste responderá como autor de un delito de elaboración de material pornográfico –art. 189.1 a)- y no de distribución de dicho material –art.189.1 b)-.

⁴⁹¹ La teoría del *dominio del hecho*, en la que nos apoyamos para imputar las conductas típicas al sujeto activo, es la aplicada por el Tribunal Supremo en las Sentencias más recientes como, por ejemplo, SSTS 1229/1998, de 15 de octubre (RJ 1998/9212); 247/2006, de 18 mayo (RJ 2000/2439); 503/2008, de 17 de julio (RJ 2008/5159); 526/2013, de 25 de junio (RJ 2014/1199); sin embargo, tal teoría no ha sido la única utilizada por el Tribunal Supremo para imputar el tipo de injusto, de hecho, en otras ocasiones la postura seguida por el TS ha ido oscilando a lo largo de los años, también, desde la teoría de la *conditio sine que non* hasta la de *los bienes escasos*.

de funciones, es decir, el primer sujeto ofrece la casa para que se desarrollen las actividades pornográficas y un segundo individuo se encarga de captar a los menores para que lleven a cabo tales actividades que serán grabadas, en tal caso, no hay inconveniente alguno para imputar tales hechos como coautoría de un delito captación o utilización de menores para la elaboración de material –art. 189.1 a)-; sin embargo, de tratarse de una acción coyuntural, es decir, dejar la vivienda en esa única ocasión, cabe imputar tal conducta a título de cooperación necesaria⁴⁹² del delito de captación o utilización de menores para la elaboración de material pornográfico infantil, aunque bien es cierto que a los efectos penológicos no supondría cambio alguno, pues sería la misma pena que la que resultaría de ser coautor. En segundo lugar, habría que subrayar que, dado que las conductas de preordenación al tráfico de pornografía infantil se realizan a través de Internet, resulta más complejo técnicamente establecer la imputación de las mismas cuando medie una organización o grupo de personas que pretende difundir dicho material -art. 189.2 f)-. Es decir, nos referimos a aquellos casos de publicación de material pornográfico infantil a través de Internet en donde dos o más personas se distribuyen las tareas de publicación del aludido material⁴⁹³. Una vez delimitada la

⁴⁹² La aportación o ayuda cualificada que realiza el cooperador necesario al autor principal se estudia pormenorizadamente en varias Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se establecen unos criterios para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad y, que a veces, resulta ser una tarea complicada. Así, las SSTS 1190/2011, de 10 de noviembre (RJ 2012/592); 249/2018, de 24 de mayo (RJ 2018/3678); 305/2019, de 11 de junio (RJ 2019/2252).

⁴⁹³ STS 739/2008, de 12 de noviembre (RJ 2009/167).

Por otro lado, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico*, 2005, p. 193, plantea que la estructura interna más frecuente de este tipo de pequeñas organizaciones que operan a través de la Red, donde la unidad mínima de sujetos participantes debe quedar conformada por dos, el primero acometería la función de compilar el material, mientras que el otro se encargaría de los aspectos informáticos como la creación de la página web, inserto de imágenes, rastreo, etc.

tarea realizada, cabrá atribuir el tipo de responsabilidad penal concreta en atención a las actuaciones llevadas a cabo dentro de la organización o grupo criminal, responsabilizando como autores a los individuos que realicen algunas de las conductas enumeradas en el tipo. Así, por ejemplo, piénsese, en dos individuos que se reparten las tareas de creación de una página web de contenido pornográfico infantil, en este supuesto el reproche penal iría dirigido a ambos individuos a título de coautores, pero, es más, si se tiene presente lo postulado por Orts Berenguer/Roig Torres, sólo cabría responsabilizar por cualquier otra forma de participación a los que intervengan indirectamente en el desarrollo de la acción típica, es decir, como por ejemplo ocurriría en el supuesto del servidor o el proveedor de Internet.

De este modo, han surgido voces manifestando la posibilidad de estimar responsables de los delitos a los proveedores o prestadores de servicios de Internet en relación a los contenidos que transmiten o que se almacenan a través de la Red. Estas afirmaciones resultan, a priori, imposibles de ejecutar en la medida en que resulta difícil o casi imposible determinar que si eran conocedores del material pornográfico infantil que se colgaba en sus servidores y, por ende, autores de un delito de distribución del art. 189.1 b) Cp. Sin embargo, sí cabe la posibilidad que los proveedores y prestadores de servicios de Internet, con independencia de que sean personas físicas o jurídicas, pueden incurrir en responsabilidad penal a tenor de lo que preceptúa el art. 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, ya sea por acción como por omisión⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ A través de sus portales o servicios se puede realizar o facilitar el tráfico de pornografía infantil de terceros, pero mientras que ese favorecimiento no sea doloso, no podrá imputárseles responsabilidad penal ni como autores ni como partícipes, salvo que hubieran tenido conocimiento del origen ilícito del material transmitido o almacenado a través suyo y técnicamente exista la posibilidad de controlar ese material. ESQUINAS VALVERDE, P., *RDPC*, núm. 18, 2006, pp. 199

III. SUJETOS PASIVOS.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Como es sabido, el Título VIII, del Libro II del Código Penal tiene como rúbrica «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», de lo que se desprende que legislador de 1999 dispense la protección penal a dos bienes jurídicos distintos cuando de los delitos sexuales se refiere. Ambos objetos tutelados vienen referenciados a una persona individual, en concreto, respecto a los delitos de pornografía infantil se protege, con independencia de las discrepancias doctrinales en cuanto a las distintas conductas típicas⁴⁹⁵, el bien jurídico indemnidad sexual cuyos titulares son los menores y personas con discapacidades necesitadas de especial protección, como se ha señalado *supra*. Sin embargo, si se observa, no en todo el Título VIII se establece la misma edad de protección para el menor, es decir, en los distintos delitos descritos aparecen diferentes edades cuando del sujeto pasivo se refiere y del tipo al que se haga referencia. Tratándose de pornografía infantil la edad elegida por el legislador es la de «menores de edad», es decir, el concepto de menor de edad responde a aquellos individuos que aún no hayan cumplido los dieciocho años; sin embargo, cuando se referencia a otros delitos como por ejemplo, los delitos de abusos o agresiones sexuales relacionados con menores (art.183) o de embaucamiento (art. 183 ter), la edad elegida para ostentar la condición de sujeto pasivo es la de ser menor de dieciséis años. Es más, en virtud de la cláusula del art. 183 quater la edad designada para considerar el consentimiento válido prestado en actividades de contenido sexual es la de dieciséis

y ss.; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal*, 2ª ed., 2002, pp. 123 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Pornografía infantil en la Red*, 2008, p. 43.

⁴⁹⁵ El bien jurídico que sostenemos en las conductas típicas del art. 189.1 a) es la indemnidad sexual y en la letra b) la dignidad y la seguridad de la infancia.

años y, por tanto, la exclusión de responsabilidad penal del autor que éste próximo a la edad del menor y grado de desarrollo y madurez.

Al respecto, en primer lugar, el legislador incardina como sujeto pasivo al menor de dieciocho años en las conductas típicas del art. 189.1. De este modo, el concepto en principio no presenta dificultades en cuanto a su determinación, pues coincide con el hecho cronológico de la no superación de los dieciocho años, que, por otra parte, es el límite constitucionalmente establecido –art. 12 CE– y no el de la madurez. Este límite cronológico es el criterio que domina en la mayor parte de las legislaciones internacionales, si bien es cierto que existen excepciones a tal concepto en ambos ámbitos por ejemplo, en países como Australia, Francia, etc., establecen el límite de la minoría de edad en edades inferiores a los dieciséis años⁴⁹⁶.

Dicho esto, la doctrina destaca la evidente incoherencia que surge en la concreción de diversas edades cuando se refieren a la victimización sexual de menores, como se ha señalado en la ejemplificación *supra*. De suerte que algunas voces plantean sobre este asunto que, bien se trata de una técnica legislativa incorrecta que se ha llevado a cabo en las distintas reformas en el ámbito del Derecho sexual de forma asistemática, inconexas, o son distintos los objetos de protección en los diversos delitos cuyo sujeto pasivo es el menor, o bien

⁴⁹⁶ El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, o también llamado Convenio de Budapest, considera como menor a toda aquella persona de menos de 18 años, aunque deja al arbitrio de los Estados participantes fijar el límite en 16 años. Sin embargo, con posterioridad el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 hecho en Lanzarote, dispone en su art. 3 a) la delimitación de considerar a estos efectos a aquellas personas menores de 18 años.

Esta modificación de la edad mínima de consentimiento sexual es llevada a cabo por el legislador español, por la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye a la DM 2004/68/JAI del Consejo de Europa.

se trata de un modo de entender la sexualidad en las que determinadas actividades se consideran *per se* negativas para la práctica de la sexualidad aún adulta⁴⁹⁷. De hecho ninguna de las distintas Exposiciones de Motivos habidas que reforman el Título VIII del Código Penal, y especialmente la de 1999 al ser la primera que afectaría al aludido Título, fundamentan con criterio el porqué de la elección de estas edades, como señala acertadamente De la Mata Barranco al aseverar que se trata de «apelaciones genéricas por tanto a las ideas de dignidad, proporcionalidad, derechos inviolables, etc., sin ninguna explicación estadística, sin referencias a estudio alguno, sin aclaración de por qué unas edades y no otras. Porque lo que ha de motivarse no es que el menor merezca una protección reforzada, sino en qué casos, ante qué conductas y hasta qué momento»⁴⁹⁸.

En segundo lugar, cabe destacar que tras la reforma de 1999 del Código Penal la «minoría de edad» se fijó en los dieciocho años, tratándose de los sujetos pasivos de este tipo de conductas. Tal medida ha desembocado en planteamientos discrepantes por parte de la doctrina que cuestionan tal decisión legislativa. Así, aparecen interrogantes tales como, qué razón hay en establecer, según se preceptúa en el Título VIII, que una persona de dieciséis años puede decidir mantener relaciones sexuales y, sin embargo, no puede plantearse, ni tan siquiera, formar parte en un espectáculo exhibicionista o pornográfico, o inclusive elaborar material pornográfico. En este sentido, García Álvarez destaca la contradicción existente en este aspecto, puesto que el legislador reconoce cierta libertad sexual a los sujetos de dieciséis años para involucrarse en

⁴⁹⁷ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, pp. 7 y 8; Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, 1985, pp. 23 y ss., sostiene que es posible defender como bien jurídico la libertad sexual en base a que los menores transitoriamente no están en condiciones de ejercerla.

⁴⁹⁸ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, p. 23.

acciones de carácter sexual y, posteriormente, le niega la importancia de su voluntad a la hora de participar en la elaboración de material pornográfico infantil, «...protegiéndoles, incluso de la misma...» y continúa cuestionándose «...qué pasaría si se tratasen de menores de edad que se graban, de mutuo acuerdo, mientras mantienen relaciones sexuales para después visionarlo...¿y si se tratase de un menor de edad que en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual graba, con el consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, en condiciones que excluyen cualquier propósito de difusión?»⁴⁹⁹. En términos parecidos, De la Mata Barranco matizan que caben dos posibilidades para comprender el embrollo de la literalidad del precepto, por un lado, tratándose de los sujetos menores de edad del art. 189, habría que entender el término «menores de edad» como menores de edad para prestar un consentimiento válido en actividades sexuales, por tanto, menores de dieciséis años; de otro, aunque el art. 189 designa la edad de dieciocho años del menor, cuando los sujetos tuviesen dieciséis o diecisiete años debería considerarse irrelevante penalmente tales conductas, habida cuenta que estos sujetos ya disponen de cierta libertad sexual para llevar a cabo actos de contenido sexual⁵⁰⁰.

Con todo, a nuestro juicio y aun a riesgo de equivocarnos, la decisión de implantar en las conductas de pornografía infantil la minoría de edad en los dieciocho años para el sujeto pasivo viene fundamentada en dos motivos. De un lado, se atiende al artículo 12 de la Carta Magna para establecer la minoría de edad en los dieciocho

⁴⁹⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, P., *RGDP*, núm. 20, 2013, pp. 36-37. En el mismo sentido, RAMALHO DE FABIAS, *RGDP*, núm. 15, 2011.

⁵⁰⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., *RECPC*, núm. 21-20, 2019, p. 57. De igual forma, RAMÓN RIBAS, E., en ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M.L., (coords.), *Constitución, derechos fundamentales*, 2009, pp. 1605 y ss.

años, coincidiendo así con los textos internacionales y de ámbito europeo⁵⁰¹; y de otro, es fundamental señalar la distinción existente entre los delitos de pornografía infantil cuyo bien jurídico es la indemnidad sexual, de aquellos otros en los que se realizan actividades con connotación sexual y en los que participan los menores de dieciséis años, pero no se dan los requisitos exigidos en el art. 183 quater para excluir la responsabilidad penal del autor, en donde el objeto tutelado es la libertad sexual del individuo. O, en otras palabras, de esta manera un sujeto de más de dieciséis años puede consentir mantener relaciones sexuales de manera libre, pero se le restringe dicha potestad o se implementa una tutela aún más reforzada cuando se trata de ser filmado o grabado mientras realiza esas actividades. Por tanto, es en el bien jurídico protegido donde radica la diferencia de instaurar una distinta edad para el menor, y ello tiene su lógica, al menos desde nuestro punto de vista. En efecto, mientras que la realización de actividades sexuales con un menor de dieciséis años puede constituir una actividad puntual en el tiempo entre dos sujetos, no ocurre lo mismo con el material pornográfico elaborado con menores, ya que en este caso existe un riesgo de difusión a más individuos, lo que supondría un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación del menor en materia sexual, o de ser utilizado como objeto sexual en el caso de las personas con discapacidad⁵⁰².

⁵⁰¹ Aparece tal límite de edad entre otros, en el Convenio internacional sobre los Derechos del Niño de la ONU, Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest, DM 2004/68/JAI y, la Directiva 2011/93/UE.

⁵⁰² En este sentido, el legislador en las reformas operadas en 2010 y 2015 no tuvo presente lo dispuesto en el art. 3 b) de la DM 2004/68/JAI, que posibilitaba la exclusión de responsabilidad penal de la elaboración de imágenes pornográficas cuando el menor hubiere alcanzado la edad del consentimiento sexual, y mediara consentimiento entre ambos participantes en la iconografía, siempre que el uso de la misma fuere privado. Excluyéndose aquellos supuestos en los que se hubiere obtenido tales imágenes valiéndose de mayor edad, madurez, posición status, experiencia y relación de dependencia de la víctima con el autor. Como tampoco lo previsto en la Directiva 2011/93/UE, art. 8.2 que deja a la discreción de los

Con todo, hay que reconocer que, tal y como esta configurado el precepto, con una técnica legislativa confusa que invita al error, pues prueba de ello es que se acude a términos poco claros, indeterminados. Como muestra de esa confusión, obsérvese, como la Exposición de Motivos de la LO 11/1999 habla tanto de «menores de edad, infancia», junto con una notable falta de fundamentación del legislador al no explicar por qué decide constituir el límite de los dieciocho años en las conductas típicas de pornografía infantil.

En términos parecidos, De la Rosa Cortina esgrime que no existe tal contrariedad legislativa en aquellos casos en los que se permite al sujeto mantener relaciones sexuales, al tener la edad exigida para prestar consentimiento válido, y no se le permita ser sujeto en el material pornográfico que elabore mientras realiza tales acciones de carácter sexual, o incluso que se difunda tal material. De este modo, el autor arguye con razón, que tratándose de la posterior difusión del material elaborado en un contexto sexual, el bien jurídico protegido es la dignidad, y la seguridad de la infancia en sentido amplio, considerados éstos como bienes jurídicos supraindividual, «...por lo que la ilicitud del hecho no desaparece porque el menor haya prestado su consentimiento para ser difundido tal material», y añade que, nuestro ordenamiento jurídico protege al menor frente a los actos dispositivos de su derecho a la intimidad y a la propia imagen en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero, por lo que se infiere que si ya queda restringida dicha capacidad al menor maduro de cualquier actuación que le pueda perjudicar, con más razón debe operar cuando la lesividad es mucho más grave «como es la de consentir la producción

Estados miembros decidir si extienden la intervención penal «a un espectáculo pornográfico que tenga lugar en el contexto de una relación consentida por un menor que haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, o entre personas próximas a su edad y grado de desarrollo, madurez física o psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos ni explotación...».

de material pornográfico sacrificando de una forma radical sus derechos fundamentales⁵⁰³.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 estableció por vez primera, el concepto de «niño» como todo individuo menor de dieciocho años (art. 2)⁵⁰⁴. Asimismo, caben reseñar en cuanto a la protección de los niños, el art. 19.1 que establece la posibilidad de que los Estados Parte puedan adoptar las medidas legislativas, administrativas y educativas, tanto de carácter nacional, como bilateral y multilateral, que sean apropiadas para proteger al niño contra toda forma de explotación y, en particular, contra el abuso y la explotación sexuales. En lo que respecta a la pornografía infantil, la letra c) del aludido artículo viene a especificar, que, dentro de las actividades sexuales consideradas ilegales, se halla la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Con el propósito de asegurar la eficacia de las medias adoptadas y de ampliarlas, con posterioridad, Naciones Unidas elaboró el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 –del que España formaba parte- disponiendo en su art. 1: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le es

⁵⁰³ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía*, 2011, p. 169. En términos parecidos CABRERA MARTÍN, M., *CPC*, núm. 21, 2017, pp. 223-256.

⁵⁰⁴ CABRERA MARTÍN, M., *Victimización sexual de los menores*, 2019, p. 344, sostiene que, dado que ni la Convención ni su Protocolo Facultativo contienen ninguna precisión específica en relación a la explotación sexual, se entiende que la especial protección de los niños en esta materia habrá que extenderse hasta esa edad, siendo éste el criterio rector que establecen con carácter general todos los instrumentos que se refieren a tal explotación.

aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». En este sentido tal como sostiene acertadamente De la Mata Barranco, la expresión «mayoría de edad» señalada en el art. 1 del Protocolo Facultativo versa sobre la propia mayoría de edad y «no a la edad para que se admita que puede expresar un consentimiento libre al menos en materia sexual»⁵⁰⁵.

En el ámbito europeo, en consonancia con los instrumentos internacionales, el Consejo de Europa considera *niño*, a toda persona que no haya cumplido los dieciocho años, si bien es cierto que son numerosos los instrumentos normativos, documentos, etc., que hacen referencia a una de las máximas preocupaciones existentes como es la relativa a la explotación sexual de los menores, utilizan para diferenciar entre *niño* y *joven* o entre *niño* y *adolescente*.

En lo que respecta a la UE, la Directiva 2011/93/UE⁵⁰⁶, la cual sigue los pasos de la Decisión Marco 2004/68/JAI en cuanto a la protección de los menores de edad, utilizan según se desprende de sus rúbricas distinta terminología para referirse a estos sujetos, es decir, la Directiva usa el sustantivo *menor* para referirse a toda persona menor de dieciocho años –art. 2 a)- y, sin embargo, la Decisión Marco la de *niño*. Además, aquella establece diferencias en atención a la edad y al tipo de actividad sexual y, otorga especial relevancia a *la edad de consentimiento sexual*, como puede observarse en lo dispuesto en el art. 2 b) «aquella por debajo de cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». Es decir, la Directiva 2011/93/UE⁵⁰⁷ no encorseta en exceso la

⁵⁰⁵ DE LA MATA BARRANCO, *RECPC*, núm. 21-20, 2019, p. 5.

⁵⁰⁶ Que debe complementarse con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

⁵⁰⁷ En relación a la pornografía infantil también es necesario destacar otros instrumentos normativos como la Decisión 2000/375/JAI, de 29 de mayo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet y, en general, aquellos documentos que han sido aprobados en relación con el tratamiento de los

potestad legislativa de los estados miembros, o en otras palabras, digamos que deja “la puerta abierta” entre otras cuestiones, a las referidas a la tipificación, sanciones y medidas de protección de la víctima, para que cada Estado miembro establezca a qué edad se considera válido el consentimiento prestado por el menor en las relaciones sexuales en las que se vea involucrado. Lo que permite inferir esa falta de armonización entre los países miembros de la UE sobre este asunto. Es más, en relación a la explotación sexual si bien la Directiva otorga una especial protección a los menores, con independencia de la edad de estos, no es menos cierto que cuando se trata de conductas relativas a espectáculos pornográficos y de prostitución infantil existen diferencias en cuanto al reproche penal, atendiendo a si la víctima ha alcanzado o no la edad de consentimiento sexual –art.4-⁵⁰⁸.

3. LOS MENORES DE EDAD COMO SUJETOS PASIVOS.

La ilicitud de las conductas de pornografía infantil han de ser dirigidas frente a un *menor de edad*, comprendiendo por tal, a todo individuo que posea una edad inferior a los dieciocho años, con independencia de que en la realización de las conductas de pornografía infantil haya prestado su consentimiento o no. Diferenciando de este modo, a aquellos tipos delictivos en los que se fija la edad de dieciséis años⁵⁰⁹ (antes trece años) para considerar válido el consentimiento, que

contenidos ilícitos y nocivos en la sociedad de la información como la Resolución del Consejo de la UE, de 17 de febrero de 1997 y los que preocupan específicamente al turismo sexual que afecta a los niños, como la Comunicación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1996; Resolución del Parlamento, de 6 de noviembre de 1997.

⁵⁰⁸ La Decisión Marco 2004/68/JAI considera como circunstancia agravante el que la víctima no había alcanzado la edad de consentimiento sexual según el derecho nacional en el ámbito de las conductas relativas a la prostitución, espectáculos pornográficos y las referentes a la preordenación al tráfico de material pornográfico, en concreto, a la producción, distribución o difusión, ofrecimiento o suministro y adquisición o posesión de pornografía infantil.

⁵⁰⁹ Esta modificación de la edad mínima de consentimiento sexual es llevada a cabo por el legislador español, por la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa

pueda prestar en las relaciones sexuales. En este sentido, se han pronunciado numerosas sentencias, entre otras, las SSTS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495) y 803/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650)⁵¹⁰.

Dicho esto, existen varias cuestiones que han preocupado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Por un lado, la relativa a la acreditación de la edad del sujeto pasivo que aparece en el material pornográfico. A este respecto la doctrina y jurisprudencia establecen matizaciones respecto del material pornográfico que se describe en el último inciso del art. 189.1 Cp, a saber, la representación de personas que aparentemente parezcan menores de edad, la llamada pornografía virtual, que ya tuvimos oportunidad de analizar y que traemos a colación. Pues bien, dicha iconografía no podrá calificarse como pornográfica cuando en realidad la persona que parezca ser menor de edad tenga en el momento de la obtención de las imágenes al menos dieciocho años. De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum* lo que conlleva la necesidad de intentar determinar la edad real representada en la imagen. Y sólo cuando la determinación de la edad no pueda ser concretada, el material será susceptible de ser calificado como pornografía infantil. En tales términos, la Circular FGE 2/2015 refiere que, aquel material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada, de la que no queda

a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye a la DM 2004/68/JAI del Consejo de Europa.

⁵¹⁰ La STS 803/2010, de 30 de septiembre afirma que: «Las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento es inválido al existir una presunción legal *iures et de iure* en el sentido de que «...no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considere, respecto del bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen ...».

claro si la misma es mayor o menor de edad, sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aniñados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente -art. 189.1 último inciso, letras b) y c)-.

A los efectos prácticos para acotar la edad del menor en el material pornográfico, ramas científicas como la Pediatría utilizan la denominada *Escala Tanner*, sistema cuya función consiste en identificar las fases de desarrollo en los niños que se encuentran en la fase de la pubertad, es decir, de trece a dieciocho años de edad, sin embargo, en nuestro país esta técnica no suele utilizarse. Antes al contrario, en nuestro proceso penal los Jueces y Tribunales utilizan para la determinación de la prueba respecto de la utilización de menores de dieciocho años, o a menores de dieciséis, a los efectos de aplicación del subtipo agravado del art. 189.2 a) Cp, el llamado principio *notoria non egent probationem*, esto es, observando directamente el material y basándose en la experiencia y, el conocimiento común, cualquier adulto medio viendo unas fotografías puede advertir de que se trata de menores de edad, no siendo necesario por lo general, acudir a la localización del menor afectado ni de una pericia específica, como así se recoge en numerosas sentencias tanto del Tribunal Superior como de las Audiencias Provinciales, tales como las SSTS 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241) 782/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/6289) o las SSAP de Barcelona 188/2009, de 16 de marzo (JUR 2009/1232) y 35/2009, de 26 de enero (JUR 2009/417); o de Guipúzcoa 72/2009, de 26 de febrero (JUR 2009/285415); de Madrid 374/2010, 17 de diciembre (JUR 2011/77860).

De otro, cuando el material pornográfico provenga del extranjero y el menor también lo sea. En estos términos, para un sector doctrinal no debería incluirse en la conducta descrita en el art. 189 Cp el material elaborado con personas que según la legislación de su país hayan alcanzado la mayoría de edad, aunque dicha mayoría de edad no esté

reconocida en nuestra legislación penal⁵¹¹. Otras voces se suman a tales disertaciones aseverando que el delito del art. 189 será cometido tanto en su modalidad de distribución como el de la simple posesión cuando las conductas se cometan en España, aun cuando el material pornográfico se haya elaborado en un país en el que la conducta sobre los menores sea atípica⁵¹².

Finalmente, se hace referencia a la utilización de los sustantivos en plural «menores de edad» y «personas con discapacidad» incluidos en la redacción del art. 189.1. Del tenor literal del meritado artículo se desprende que la conducta típica debe recaer sobre una pluralidad de víctimas (menores de edad o personas con discapacidad), de ahí, que un sector doctrinal postule y no faltándole razón, que cabe apreciar tantas infracciones como víctimas resulten presentes en el material pornográfico, siempre y cuando se mantenga la idea de considerar al bien jurídico individual⁵¹³. Y en cuanto a los hechos típicos de los arts. 189.1 b) y 189.2, la Consulta 3/2006 de la FGE matiza que cuando el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, no ataca al bien jurídico individual de cada menor, sino a «la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto» por tanto, lo que se debe apreciar es un solo delito. A este respecto, la STS 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/7297) asevera que «...el bien jurídico protegido en este art. 189.1 b) es de carácter plurisubjetivo y colectivo⁵¹⁴, en el que

⁵¹¹ Opinión ofrecida entre otros por MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico* 2005, p. 188; ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 130.

⁵¹² DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil*, 2011, p. 51.

⁵¹³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 539.

⁵¹⁴ CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos*, 2002, p. 115, afirma esta autora que conceptualmente el delito plurisubjetivo o de participación necesaria - en nuestro caso, el art. 189.1 b) Cp- debe quedar vinculado a la tipicidad de algunos delitos que necesariamente exigen, expresa o implícitamente, para su realización la intervención de dos o más sujetos, con independencia de que sólo

legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puedan fomentar las prácticas pedofilias sobre menores concretos.

En cuanto al consentimiento del menor debemos partir de la premisa de que su concurrencia es irrelevante, puesto que los menores de dieciocho años carecen de capacidad para consentir un acto pornográfico en el que se vean inmersos. En efecto, la Consulta de la FGE, 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, sostiene que los tipos referentes al art. 189 Cp tienen en común, conforme a nuestro Derecho, que los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a la utilización por terceros con fines pornográficos, por lo que se tiene por irrelevante el consentimiento prestado por el menor para intervenir en este tipo de material, aun cuando tal consentimiento se haya prestado válidamente para la realización de las relaciones sexuales que hubieren tenido lugar.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia estima tal criterio de la irrelevancia del consentimiento prestado por el menor de edad en diferentes sentencias que son claramente proclives a su irrelevancia, así, en la STS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495) se expresa en los siguientes términos: «...el bien jurídico protegido por este delito no es otro que la indemnidad sexual de los menores, es decir, su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que esta es prevalente sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por

alguno de ellos esté conminado penalmente; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., p. 243, establecen que en los delitos plurisubjetivos, el tipo exige la concurrencia de varias personas autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como ocurre en los supuestos de las figuras delictivas reguladas en la letra b) del art.189.1 Cp.

carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo que es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas»⁵¹⁵.

4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN COMO SUJETOS PASIVOS

Hasta la reciente reforma de 2015, el artículo 25 Cp utilizaba el término «incapaz»⁵¹⁶ para identificar a estos sujetos como «toda persona que padeciera una enfermedad de carácter persistente que le impidiera gobernarse a sí mismo o a sus bienes, exista o no declaración expresa de incapacidad». Este contenido generó una contradicción con el Código Civil, en concreto, con el art. 199 Cc, el cual preceptúa que nadie puede ser declarado incapaz a no ser que medie sentencia judicial firme al respecto. Dicha incoherencia fue salvada por el anterior art. 25 Cp con la expresión «...se considera» asimilando así, una equivalencia con el incapaz legalmente considerado», por lo que consecuentemente, con tal cláusula no era necesaria la existencia de la previa resolución judicial civil⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Igualmente, la SAP Barcelona, 381/2009, de 14 de abril (ARP 2009/1080), asevera que el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante.

⁵¹⁶ Para la doctrina mayoritaria el anterior concepto “incapaz” recogido en el art. 25 Cp, se correspondía básicamente con el art. 200 Cc, y aunque en el ámbito penal no fuera precisa la previa resolución judicial civil de incapacidad, sino que había de atenderse a si su situación material justificaba tal calificación a los efectos penales, entre otros, SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 276; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUANCA, M., en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, R., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 2007, p. 374; GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODAS, J./GARCÍA ARÁN, M., (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2011, p. 327.

⁵¹⁷ El anterior art. 25 Cp antes de la modificación sufrida por la LO 1/2015, presentaba unos requisitos más o menos similares a los establecidos en el art. 200 Cc en orden a establecer las causas de incapacitación. La razón material a la que obedecía el tratamiento que dispensaba el CP a los incapaces era, según la doctrina unánime, la mayor vulnerabilidad que presentan estos sujetos, bien

La modificación de la que ha sido objeto el art. 25 Cp venía prevista en el Anteproyecto de octubre de 2012, precepto que en su redacción fue muy similar al finalmente aprobado, salvo en dos diferencias: por un lado, en la definición que se hacía del concepto de discapacidad exige que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales lo fueran «a largo plazo» -en lugar de *permanentes*, como ahora recoge el artículo-; y en segundo lugar, se requiere que dichas deficiencias puedan impedir la participación en sociedad, en lugar de la forma más amplia contenida en la redacción aprobada, y que se refieren a que las deficiencias «puedan limitar o impedir» esa participación⁵¹⁸.

porque están en inferioridad de condiciones para defenderse de determinados ataques o resultan afectados de manera más grave por determinados delitos, o ya sea, porque su consentimiento no puede considerarse válido a efectos penales, y por ello, se estimaba un acierto el que no fuera necesaria una previa declaración judicial de incapacitación del ámbito civil, sino que habría de atenderse a si su situación material justifica otorgarle tal calificación a efectos penales; TRAPERO BARREALES, M.A., *Índice Anual* (vol. 5), 1998, p. 522 y ss.; SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 275.

A pesar de las similitudes que se apreciaban entre los conceptos penal y civil de incapaz, la doctrina fue pacífica en la interpretación de tal concepto, señalando que debía de hacerse en el contexto propio de cada delito, en donde esta situación funcionara como elemento del tipo o como una causa de agravación de la responsabilidad, y en atención al bien jurídico protegido en cada caso, exigiendo que se comprobara si la situación del sujeto se correspondía con el fundamento de la protección reforzada, que el CP otorgaba al incapaz en el contexto de cada figura delictiva. En definitiva, esta postulación obligaba a realizar una comprobación para ver si la persona disponía no tanto de una capacidad genérica para gobernarse por sí misma, según el tenor literal del anterior art. 25 Cp, -y en el art. 200 Cc-, sino como a la capacidad específica para gobernarse en el ámbito de cada delito. En este sentido entre otros, SANTANA VEGA, D.M., en DÍAZ PALAREA, M.D./SANTANA VEGA, D.M., (coords.) *Marco Jurídico y Social*, 2008, p. 347; SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 276.

⁵¹⁸ Respecto del Anteproyecto de octubre de 2012, el CGPJ no se planteó objeciones en su Informe. Sin embargo, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado mostraron sus críticas. Así, el primero de ellos señaló que la nueva redacción del artículo 25 Cp adolecía de una amplitud desmesurada y no deseable que no diferenciaba entre las deficiencias físicas, de las mentales y las sensoriales, y que eran de enorme importancia dada la variedad de tipos penales en los que la discapacidad constituye una agravación de la conducta. Asimismo, este Órgano expresó su preocupación sobre los problemas que pudieran surgir con su interpretación, lo

Tras la aprobación de la LO 1/2015, considera que dichas personas deberán ser objeto de una protección penal reforzada, y que en todo caso, los conceptos ya recogidos en el CP del 95 habrán de adaptarse a la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006⁵¹⁹. El mencionado texto internacional, aprobado por Unión Europea mediante la Decisión Marco 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»⁵²⁰.

que supondría un perjuicio derivado del afán que perseguía la reforma, que no era otro, que dotar de especial protección a los discapacitados.

Por su parte el Consejo de Estado, criticó la definición de discapacidad ofrecida por considerarla rebuscada, manifestando que el concepto penal de persona con discapacidad o incapaz había de ser adecuado a las finalidades de tutela penal reforzada que en el ámbito penal se dan a este grupo de personas, y que por tanto el CP puede utilizar las definiciones que más le convenga para ello, sin necesidad de reproducir la definición dispensada en el art. 1 de la Convención de la ONU, de 13 de diciembre de 2006. Y, por último, señaló que la modificación proyectada al art. 25 Cp, era una cuestión puramente terminológica, y que no tendría que afectar a la interpretación que se haga de los preceptos que afecten a este grupo de personas.

⁵¹⁹ La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, tiene como pretensiones: «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» e incluye a «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», <http://www.org/esa/socdev/enable/documents/tcconvs.pdf>.

⁵²⁰ Ello, en la línea de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo, y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315/57.

En lo que interesa al ámbito nacional, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, justifica la reforma del art. 25 Cp manifestando que «el CP anterior a la reforma se refería impropriamente a *minusvalía* o a *incapaces*, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y que debe sustituirse por los términos más adecuados de *discapacidad* y de *personas con discapacidad necesitadas de especial protección*».

Esta tutela penal que se refuerza para este colectivo dentro del marco de la Convención de la ONU de 2006, permite que se pueda emplear una terminología más adecuada a las exigencias sociales, y la posibilidad de adecuar e incorporar en nuestro Código Penal, qué se debe entender por *discapacidad*, o por *persona con discapacidad necesitada de especial protección*.

En este contexto el nuevo art. 25 Cp presenta otro contenido, un primer párrafo que define el concepto de «discapacidad», término el cual no aparecía con anterioridad en nuestro CP y, que según dispone el art. 25 se entiende como equivalente a «minusvalía»; y en el segundo párrafo que suprime el término incapaz, por el de «*persona con discapacidad necesitada de especial protección*». En definitiva, la redacción del nuevo art. 25 Cp, queda redactado de la siguiente forma:

«Art. 25: A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entiende por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

De la lectura del precepto, se observa, que el concepto de discapacidad será el término principal y el de persona con discapacidad necesitada de especial protección, habrá de ser comprendido como un término específico, éste último, creado a propósito para el ámbito penal, según postula Martínez Garay⁵²¹, pues para esta autora, tal concepto no aparece en la Convención de la ONU de 2006, ni en Derecho Administrativo⁵²².

En lo concerniente a los requisitos que ha de reunir el concepto de discapacidad se encuentran: 1) *Deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*. Aquí se sustituye la referencia que se hacía antes en el art. 25 Cp a «enfermedad» por la de «deficiencias», ampliándose con ello el concepto, y por ende, excluyéndose que

⁵²¹ MARTÍNEZ GARAY, L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) *Comentarios a la reforma*, 2ª ed., 2015, p. 134.

⁵²² Aunque el Consejo Fiscal en el Informe del Anteproyecto de Ley de 2012, afirmaba que dicha definición deriva de la preceptuada en el art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Protección de la Autonomía Personal y en Atención a las Personas en situación de dependencia. Esta afirmación no es del todo correcta, pues existen diferencias entre ambos textos, habida cuenta, que en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el estado de dependencia se caracteriza por la necesidad de ayuda, y la misma es necesaria para realizar las «actividades básicas de la vida diaria», o bien para la «autonomía personal». Sin embargo, el art. 25 Cp cuando define a la persona discapacitada necesitada de especial protección, se le atribuye una orientación más jurídica, cuyo denominador común es que se necesita la asistencia para el ejercicio de la capacidad jurídica, esto es, capacidad de obrar en Derecho, para decidir válidamente realizar actos o negocios con eficacia jurídica, aunque igualmente se refiere en general el artículo 25 Cp, a la «toma de decisiones sobre su persona, derecho o intereses».

cualquier discapacidad pueda ser considerada como enfermedad, por lo que la discapacidad puede tener distintas naturalezas, y que no tienen por qué ser considerada como enfermedad⁵²³. 2) *Permanencia*, esta característica no fue prevista por el anterior art. 25 Cp, aunque la jurisprudencia ya la tenía en cuenta⁵²⁴. 3) *Limitación o impedimento para participar en la sociedad en igualdad de condiciones*. Este requisito, se refiere a la vulnerabilidad, entendida como desigualdad, que debe ser tratada con especial protección, y en consonancia con el principio de igualdad material que se recoge en el art. 9.2 CE⁵²⁵.

En el párrafo primero del art. 25 Cp se observa que, a pesar de la actualización de los conceptos por las demandas sociales, ello no comporta un nuevo reconocimiento a este grupo de personas, pues su especial protección ya se dejaba deducir con anterioridad a la modificación realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁵²⁶, sino que más bien estamos ante un cambio de denominación para adecuarse a lo fijado en los instrumentos normativos.

⁵²³ Ya en el anterior art. 25 Cp, el término enfermedad se incluían las deficiencias físicas y psíquicas.

⁵²⁴ SAP Madrid 443/99, de 29 de septiembre (ARP 1999/4439).

⁵²⁵ El principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal del Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. O, dicho de otro modo, consiste en tratar por igual lo que es esencialmente igual, y lo que es esencialmente desigual se ha de tratar desigualmente, CARMONA CUENCA, E., *REP*, 1994, p. 265.

⁵²⁶ En nuestra opinión, más bien estamos ante una precisión conceptual ya existente, conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la que como se señala en la Disposición Adicional Octava de la meritada Ley, «las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos persona con discapacidad o personas con discapacidad para denominarlas».

En definitiva, podemos concluir que el párrafo primero del art. 25 Cp cuando define el concepto de discapacidad (concepto más cercano a minusvalía) ya no habla de enfermedad, sino de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que constituyen expresiones mucho más amplias.

Centrándonos en su párrafo segundo que es el que interesa en aras al análisis de nuestro trabajo, habida cuenta que el art. 189.1 CP recoge en su redacción a *persona con discapacidad necesitada de especial protección*. Con la nueva redacción del párrafo tras la reforma de 2015, se observa, que el cambio más significativo se origina en la descripción de las deficiencias que dan lugar al concepto de persona discapacitada necesitada de especial protección. Y ello es posible, porque con este término se alude al equivalente del antiguo incapaz, es decir, que sólo puede aplicarse actualmente, a aquellos discapacitados que tengan una necesidad de apoyo para la toma de decisiones, o el ejercicio de la capacidad jurídica a causa exclusivamente, como señala el meritado párrafo, de sus «deficiencias intelectuales o mentales» de carácter permanente⁵²⁷.

Por último conviene subrayar, que a nivel europeo en la mayor parte de las legislaciones penales de los países miembros, así como Convenios y Tratados Internacionales mencionan exclusivamente a los menores de edad como sujetos pasivos de estos delitos, habida cuenta de la escasa importancia cuantitativa a efectos prácticos de este tipo de víctimas en materia de pornografía, teniendo presente a su vez, que el legislador con la redacción de la figura delictiva del art. 189.1 a), viene

⁵²⁷ Por el contrario, para MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V., en CORDOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., (dirs.), *Comentarios al Código*, 2015, p. 160, la modificación del párrafo segundo del art. 25 Cp es sólo aparente, toda vez que para estos autores requerir de apoyo o asistencia es sintomático de que no tienen capacidad para «gobernar su persona o sus bienes», y que, tras la modificación efectuada, ahora se define como «ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones».

refiriéndose a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que no ostentan la minoría de edad, por tanto referenciados a los mayores de edad⁵²⁸.

IV. CONCLUSIONES.

Tras realizar el estudio de los sujetos activo y pasivo que intervienen en los delitos de pornografía infantil se señalan a continuación, algunas de las conclusiones a las que hemos llegado en su análisis.

En primer lugar, los delitos de pornografía infantil, es decir, tanto los tipos básicos –art. 189.1 a) y b)- como los cualificados –art. 189.2 y 3- se clasifican como delitos comunes. Por ende, la condición de sujeto activo en las modalidades típicas descritas la puede ostentar cualquier persona, sin necesidad de que ésta tenga alguna característica concreta o se le exija una especial cualidad. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la aplicación de determinados tipos cualificados, requieren de una especial cualidad en sujeto activo como ocurre en los supuestos de representación legal o de hecho de la víctima, aunque tal representación fuese provisional –art. 189.2 g)-.

En segundo lugar, es necesario poner de manifiesto los conflictos que surgen en relación al grado de imputación de los sujetos activos a fin de concretar el reproche penal del que son merecedores. De este modo, la aparición de ciertas complejidades viene motivada por la configuración dispensada a los delitos de pornografía infantil. Es decir, tales dificultades devienen de la amplia variedad de verbos típicos que se utilizan, resultando a veces repetitivos y confusos, además de la

⁵²⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho Penal y Criminología*, 2006, pp. 713 y ss., señala lo inoperante en la práctica de la previsión y el inexistente mercado real de esta clase de material de adultos incapaces, añadiendo a esta manifestación «...que además existen pocas posibilidades de probar el dolo del autor en torno a este elemento». De hecho, en los Códigos Penales de Francia e Italia tales personas no aparecen como sujetos pasivos en las conductas típicas de pornografía infantil.

amplitud con la que han sido redactados los tipos. De este modo, el precepto así conformado, es decir, con una pluralidad de acciones típicas, a veces, desemboca en ciertas dificultades cuando se pretende determinar la responsabilidad penal del sujeto activo. De hecho, puede originar confusión por cuanto que los límites entre autoría y participación no resultan demasiado nítidos y, por consiguiente, podría causar la vulneración del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

En tercer lugar, a propósito del sujeto pasivo, menor, se ha puesto de manifiesto la incoherencia en las edades establecidas en el Título VIII, cuando se trata de la victimización sexual de éstos, pues como se ha señalado, la tutela reforzada que se le dispensa discrimina entre edades y al tipo al que vaya referenciado.

Pues bien, la disparidad en la regulación de la edad del menor tiene a nuestro juicio cierta lógica, por cuanto que cuando se trata de menor de dieciséis años y constituye una conducta puntual en el tiempo entre los individuos que participan en la actividad sexual, sin embargo, no ocurre lo mismo cuando consiste en actividades relacionadas con la pornografía infantil, ya que al crearse un riesgo de difusión del material pedófilo a más personas produce un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación en la esfera sexual del menor, y en el caso de los incapaces –actualmente denominados personas con discapacidad necesitadas de especial protección- se persigue evitar que sean objetos sexuales.

En cuarto lugar, y en relación al tercer punto, se puede concluir que en los delitos de pornografía infantil el consentimiento libre prestado por el menor de dieciocho años de edad para la participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pedófilo se considera *per se* irrelevante, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de conductas sexuales llevadas a cabo por menor de dieciséis años, pues como se ha visto, en virtud de la cláusula

del art. 183 quater se permite cierta libertad sexual y, por ende, la exclusión de responsabilidad penal del autor si se dan los requisitos que en ella se dictaminan.

Finalmente, respecto del otro sujeto pasivo del delito de pornografía infantil, la persona con discapacidad necesitada de especial protección, es un término que aparece ex novo en el art. 25.2 Cp. Pues bien, a nuestro juicio, tal término actual nos resulta equivalente al anterior, si se comprende como incapaz como aquella persona que necesita un apoyo para la toma de decisiones o para el ejercicio de su capacidad jurídica a causa, como el propio precepto señala, de las deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente que presente el individuo. Aunque, cabe destacar que la reforma de 2015 ha descrito una locución más amplia que el anterior.

CAPÍTULO CUARTO.

TIPO SUBJETIVO

I. INTRODUCCIÓN.

Después de realizarse el estudio de los elementos objetivos de los tipos de injusto del art. 189.1, en el presente capítulo se fijará la atención en el análisis del tipo subjetivo. De este modo, atenderemos al tipo subjetivo tanto de la letra a) como de la b) del art. 189.1, haciendo especialmente referencia al contenido de la voluntad que rige la acción y que va dirigida a un fin, en tanto que partimos para su análisis de la Teoría finalista de Welzel⁵²⁹. En relación a la voluntad que dirige la acción para cometer las conductas típicas del delito de pornografía infantil se presume que ésta se manifestará de forma consciente –tipo de injusto doloso–.

Dicho esto, es preciso traer a colación lo defendido en la anterior sede correspondiente a las conductas típicas, cuando afirmábamos que tales hechos típicos constituían *delitos de intención*⁵³⁰ o *de tendencia interna transcendente*⁵³¹. Es importante hacer referencia a tal extremo,

⁵²⁹ Señala VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., 2011, p. 747 que en la nueva doctrina de la acción o doctrinal final la esencia de la acción, que la diferencia de los hechos naturales que se conciben como causas o efectos, radica en la finalidad. De este modo, continua éste autor, que para Welzel «...la finalidad no es sólo el impulso de la voluntad, sino también su contenido y, que a diferencia de lo que pensaban los neokantianos ...» que afirmaban que «la acción era un modo de comprender y atribuir un suceso causalmente que, utilizando el orden natural de las causas, anticipa y prefigura el acontecimiento. La acción radica, así, en esa “supradeterminación final del acontecer causal”: nuestra realidad corporal hace que participemos en el curso de la naturaleza, regido por las leyes causales; pero es nuestra voluntad la que, mediante la actuación de sus distintos contenidos posibles, nos permite dirigir el acontecer natural conforme a fines y, por consiguiente, transformarlo en acción capaz de contravenir o adecuarse a las normas».

⁵³⁰ Clasificación que realiza ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. alemana, traducción LUZÓN PEÑA, D.M., 2006, p. 317. A este respecto, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, 6ª ed., p.158, distingue los delitos de intención, en los que incluye los delitos de resultado cortado y los mutilados en dos actos, delitos de tendencia y delitos de expresión.

⁵³¹ Según ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. alemana, traducción LUZÓN PEÑA, D.M., 2006, p. 317, los delitos de tendencia interna transcendente se subdividen en delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos.

por cuanto que los delitos de pornografía infantil al ser considerados delitos de tendencia interna transcendente –y dentro de ellos como delitos de resultado cortado-⁵³², sólo es posible su comisión de forma dolosa como señala Córdoba Roda «...para el tipo se requiere, en estos hechos, de una determinada tendencia. Esta tendencia únicamente puede darse si antes concurre el dolo. No puede, en efecto, hablarse de la presencia de una *finalidad específica* (tendencia) si no consta antes la *voluntad de realizar* el verbo núcleo del tipo...»⁵³³, por tanto partiendo de tal afirmación, adelantamos, que en los delitos de pornografía infantil quedará excluida su realización a título de imprudencia.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido debatiendo distintas posturas a propósito del tipo subjetivo en los delitos sexuales. En concreto, en lo referente a los delitos de pornografía infantil los planteamientos esgrimidos han versado tanto en la existencia del dolo, del que han ido variando su postura en cuanto a la clase de dolo que preside la realización de la acción típica, así como en la concurrencia o no de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que podría ser considerado esencial o inesencial y a los que la doctrina alemana, en particular Mezger, E., definió como aquellos requisitos de

⁵³² En los delitos de resultado cortado se prescinde de la realización del resultado.

⁵³³ CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito*, 2ª ed., 2014, pp. 115-116.

Asimismo, afirma GIL GIL, A., *RDPC*, 2ª época, núm. 6, 2000, p. 106, que la doctrina clasifica desde una perspectiva semántica los elementos subjetivos del tipo, según pretendan una finalidad presente ya en la acción misma, a los que denomina, *elementos subjetivos de tendencia interna intensificada*, como cuando el agente ya alcanza esa finalidad al cometer el delito. Para esta autora los delitos sexuales exigen un ánimo lúbrico, de ahí que los incluya en este grupo. Y un segundo grupo, denominados de *tendencia interna transcendente*, los cuales buscan una finalidad que se logra más allá de la conducta delictiva, que sería el caso, por ejemplo, del ánimo de lucro.

carácter intencional distintos al dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos⁵³⁴.

En este contexto señalado, trataremos de exponer las disquisiciones planteadas por la doctrina y jurisprudencia en cuanto a la existencia o no de un elemento subjetivo distinto al dolo y las dificultades que se presentan a la hora de demostrar la concurrencia del mismo. Además, se abordará por su importancia, el tratamiento que recibe el error, especialmente, en cuanto a la edad de la víctima.

II. EL DOLO.

El tipo de injusto, está integrado además de los elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa por un elemento subjetivo que se relaciona con la voluntad del sujeto activo la cual rige la acción que va dirigida a un fin, y que se concreta en el dolo. Esta

⁵³⁴ Por su parte JESCHEK, H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts*, 1996, pp. 318, 319, 472 y 473, en GIL GIL, A., *RDPG*, núm. 6, 2000, p. 105, nota núm. 5, asevera al definir los elementos subjetivos tipo que estos elementos junto con el dolo son componentes «...del injusto personal de acción, en tanto caracterizan más detalladamente la voluntad de acción del autor dirigida a la lesión del bien jurídico, en cuanto afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico ...».

A este respecto, nuestra doctrina clasifica los elementos subjetivos de forma diversa, pero señala GIL GIL, A., *RDPG*, núm. 6, 2000, p. 104, que, en concreto, en tal menester se atiende más al significado semántico del elemento que a su funcionalidad en el tipo. Así que, en opinión de esta autora, lo importante para clasificar los elementos subjetivos del injusto es tener presente los efectos y el papel que desempeñan en el tipo, más que en el hecho de si éstos tratan de fines o de tendencias.

Además, señala que más que tratar de discernir los elementos subjetivos del injusto de aquellos otros que se deben incluir en el ámbito de la culpabilidad, en su opinión, estos elementos de lo injusto pueden cumplir dos funciones diferentes, es decir, o adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación, o bien, circunscribir el tipo mediante la precisión de la conducta que se pretende castigar. Por ello, basándose en tal afirmación, defiende la idea de que es preferible adoptar una clasificación funcional de éstos que distinga entre «...tendencias internas transcendentales que definen la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico y elementos subjetivos que por el contrario concretan la conducta punible, de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo ...».

idea que se acaba de exponer, fue la gran aportación de la *Teoría finalista de la acción* de Welzel⁵³⁵.

Sobre este particular, Muñoz Conde/García Arán manifiestan que el dolo está compuesto por dos elementos: uno *intelectual o cognitivo* y otro *volitivo*. El primero de ellos, hace referencia a «los elementos que caracterizan objetivamente la conducta como típica», es decir, formarían parte todos los elementos objetivos como, por ejemplo, el bien jurídico protegido, conducta, sujetos, resultado, relación de causalidad, objeto material, etc. En este sentido, el sujeto ha de conocer tales elementos objetivos que conforman el tipo, debiendo ser un conocimiento actual y no potencial. En cuanto al segundo de los elementos, esto es, el volitivo, viene relacionado con la intención de cometer la acción u omisión típica, en otras palabras, éste viene referenciado con el querer realizar el tipo objetivo, lo que en palabras de estos autores «...supone la voluntad incondicionada de realizar el tipo que el autor cree que puede realizar»⁵³⁶.

En relación a los delitos comprendidos en el art. 189 Cp, es necesario que el autor identifique el elemento cognitivo del dolo, a través del conocimiento que éste debe tener de que las imágenes obtenidas corresponden a un menor de edad o persona con discapacidad, o bien son los sujetos protagonistas activos de un espectáculo exhibicionista o pornográfico. Y en cuanto al elemento volitivo se concreta en la voluntad o propósito de querer realizar

⁵³⁵ Señala CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito*, 2ª ed., 2014, p. 97, para la doctrina finalista –Niese y Welzel–, el dolo es la finalidad dirigida a un resultado típico. Y lo que diferencia al dolo de la finalidad es la tipificación del resultado al que tiende, «intrínsecamente dolo y finalidad coinciden». Y dado que la finalidad pertenece a la acción, en donde los tipos configuran acciones, el dolo deberá pertenecer al tipo.

⁵³⁶ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2019, pp. 251-252.

cualquiera de acciones descritas en las modalidades típicas del art. 189.

Conforme a lo expuesto, el problema jurídico-penal que se plantea versa en determinar la clase de dolo que preside tales conductas típicas. Es decir, algunos autores han defendido la tesis de que para que el sujeto activo de cualquiera de las conductas típicas sea considerado culpable es necesario que se verifique la existencia de un dolo directo, aunque bien es cierto que tal afirmación ha evolucionado con el transcurso del tiempo hasta llegar a admitir la confluencia del dolo eventual⁵³⁷. De suerte que como veremos más adelante, actualmente es pacífica la tesis defensora de que en algunas las figuras delictivas del art. 189 requieren para establecer el reproche penal de un dolo directo con la posibilidad de converger el dolo eventual – o al

⁵³⁷ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, traducción de la 2ª ed. alemana, traducción realizada por LUZÓN PEÑA, D.M., 2006, p. 415, define el dolo eventual o *dolus eventualis* como «el que actúa no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad».

La importancia de su delimitación es esencial para diferenciarlo no sólo de las restantes formas de dolo (dolo directo de primer y segundo grado), sino también de la imprudencia consciente, que sería aquella en la que el sujeto ve como probable que se produzca el resultado, pero no lo acepta, es decir, espera que no se produzca. Además, de la importancia a efectos de la punibilidad que conlleva establecer los parámetros del dolo eventual.

La doctrina y jurisprudencia siempre han coincidido en postular que las figuras típicas del art.189 están regidas por el dolo como elemento subjetivo del tipo, aunque algunos autores fueron más allá concretando que éste se trataba de un dolo directo, y en estos términos esgrime CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado*, t. II, 2002, p. 802, que: «...el dolo debe ser directo, excluyendo el dolo eventual, y que debe abarcar la conciencia de la condición de menor o incapaz del sujeto utilizado». En términos parecidos, se manifestó la jurisprudencia en STS 1553/2000, de 10 de octubre (RJ 2000/9151). Dicho esto, el pensamiento de la dogmática penal ha evolucionado en cuanto a la posible inclusión del dolo eventual en algunas conductas típicas del art. 189 Cp, en este sentido, se establece en la STS 796/2007, de 1 de octubre (RJ 2007/6495) que el dolo eventual se aprecia claramente en los supuestos en que la víctima tiene poca edad, «...ya que en estos casos la inferencia en torno a la condición de ser menor es racional y lógica».

menos las relacionadas con los hechos típicos descritos en el art. 189.1 a) y b)-. Así, esta última hipótesis de la existencia del dolo eventual estaría justificada en aquellos supuestos en los que preexista cierta duda respecto de la edad de un menor, o del estado de discapacidad de la persona que aparece en el material pedófilo⁵³⁸, postura, que se deja plasmada en la STS 332/2019, de 27 de junio (RJ 2205/2019).

A propósito de la posible existencia de un elemento subjetivo especial del injusto distinto al dolo, tradicionalmente, algunos autores y parte de la jurisprudencia vinieron exigiendo en numerosos supuestos relacionados con los delitos sexuales que, además, del dolo concurriese un especial elemento subjetivo del injusto, esto es, el *ánimo lascivo y libidinoso, o tendencia sexual* en la conducta⁵³⁹, es decir, la

⁵³⁸ FERNANDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos*, 2007, p. 79; *Derecho penal e Internet*, 2011, p. 141. Este autor defiende tanto el dolo directo como el dolo eventual dependiendo de la conducta realizada. Es decir, señala que es preciso que el autor sea consciente de que los protagonistas del material pornográfico son menores de edad o personas con discapacidad, «...siendo suficiente que el mismo simplemente acepte dicha posibilidad». Asimismo, sostiene en relación a los supuestos de distribución pasiva a través de las redes P2P que, para apreciar el dolo eventual y subsumir tales conductas como tráfico de pornografía infantil –art.189.1 b)-, y no en la mera posesión de dicho material, es preciso que el autor tenga conocimiento de que los archivos que está compartiendo se encuentran en disposición de terceros.

Hay que matizar que ha quedado superado el postulado que defendía la presencia exclusiva del dolo directo como elemento subjetivo del injusto en estas modalidades típicas del art. 189 Cp, como se ha señalado.

⁵³⁹ En este sentido, un sector de la doctrina, como se indicó en el capítulo correspondiente al bien jurídico protegido, postuló que los delitos de carácter sexual exigían la presencia, además, del dolo de un especial elemento subjetivo del injusto, que se identificaba en el ánimo lúbrico o lascivo. De este modo, para autores como BOLDOVA PASAMAR, M.A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, 2004, p. 543, defiende la necesidad de que el sujeto activo actúe con «...un elemento subjetivo del injusto adicional, esto es, con la tendencia a involucrar al menor o incapaz en un contexto sexual de manera que se animen o satisfagan los apetitos sexuales propios o de un tercero».

De contrario a tales manifestaciones ORTS BERENGUER, E./TORRES ROIG, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001, p. 142, para los que el tipo no exige la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, ni de ningún otro, «...basta

finalidad de satisfacción sexual, aunque al mismo tiempo reconocían que éste no siempre sería preciso para realizar el tipo⁵⁴⁰. Es más, tales consideraciones han vuelto a surgir tras la nueva redacción del art. 189 operada por la reforma de 2015. En efecto, algunas voces defienden la existencia de un especial elemento subjetivo del injusto, pero esta vez, afianzado tal argumento en la expresión «*finés principalmente sexuales*», que aparece en el art. 189.1 cuando se describe el concepto de pornografía infantil, pues disciernen que con tal expresión se exige que el autor busque una finalidad más allá de la realización de la conducta típica, esto es, que suponga una carga intencional adicional al mero conocimiento de la conducta del tipo. Ahora bien, estas mismas voces reconocen que tal exigencia presenta una dificultad probatoria, puesto que se trata de una intención que pertenece a la esfera interna del autor y, por tanto, no supondría una prueba directa, sino indiciaria que podría desvirtuar el principio de presunción de inocencia, art. 24.2 CE, si no se demuestra la existencia de la referida intención⁵⁴¹. Pese a estos intentos de incluir como elemento subjetivo tal expresión, a nuestro juicio, cabría esgrimir de contrario y en coherencia con lo sostenido en sede de conductas típicas, que la meritada expresión pertenece inequívocamente al propio concepto de pornografía infantil, resultando ser el objeto material de la conducta típica y, por ende, otro elemento del tipo objetivo, y no como se señala indicando que es un elemento más del tipo subjetivo como aseveran algunas voces.

la concurrencia del dolo para configurar el tipo, siendo indiferente la existencia o no del ánimo lascivo o el ánimo de lucro».

⁵⁴⁰ Señala, MONGE FERNÁNDEZ, A., *RDCCP*, núm. 15, 2011, p. 142; *De los abusos y agresiones sexuales*, 2011, p. 143 que en la configuración de los delitos sexuales se sostuvo por parte de la doctrina la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto, constituido por el ánimo libidinoso o lubrico. Aunque, esta autora sostiene un planteamiento totalmente diferente, es decir, en los delitos de carácter sexual no se requiere de ningún otro elemento subjetivo del injusto.

⁵⁴¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *ADPCP*, vol. 65, 2012, p. 197.

Por ello, sostenemos que no les falta razón a quienes afirman la inexistencia de cualquier otro elemento en el tipo subjetivo distinto al dolo, puesto que en favor de esta tesis cabe esgrimir que: a) si la pretensión del legislador hubiese sido que en las conductas típicas de pornografía infantil concurriese además del dolo- sea directo o bien eventual- otro elemento subjetivo que lo acompañase, el legislador no hubiera dudado en establecerlo expresamente en el propio precepto; b) si bien es cierto que en la ejecución de estos actos por su propia naturaleza o contenido suponen que la mera realización de la acción presuponga ese ánimo tendencial de obtención de satisfacción sexual; sin embargo, no es menos cierto que puede ocurrir que el propósito del autor no consista necesariamente en la búsqueda de satisfacción sexual. Así, piénsese, en el hipotético supuesto de que el autor busque como único propósito causar un daño a la víctima, por ejemplo, por motivos de represalia, odio, chantaje, etc. En suma, de tales afirmaciones sólo es posible concluir que, sólo es necesaria la concurrencia del dolo directo o eventual para considerar la conducta como típica, entendiendo por tal elemento subjetivo del injusto como el conocimiento y voluntad de menoscabar el bien jurídico indemnidad sexual, sin necesidad que se concrete un ánimo libidinoso, lúbrico, o tendencia sexual⁵⁴² para proceder a establecer el reproche penal al autor.

⁵⁴² En este mismo sentido, la jurisprudencia más reciente defiende tal planteamiento en todos los delitos de carácter sexual, para ello se ejemplifican las SSTs 424/2017, de 13 de junio (RJ 2359/2017); 433/2018, de 28 de septiembre (RJ 3522/2018); 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 5492/2016). Aunque, algunas Sentencias anteriores ya argumentaban en esta misma dirección como, por ejemplo, la STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 2000/9157) en la que se manifiesta que la discusión estará más relacionada con el carácter pornográfico del material, que simplemente con el ánimo lascivo del sujeto activo. O la STS 588/2010, de 22 de junio (RJ 2010/3724) en donde se manifiesta la inexistencia el ánimo lascivo como elemento subjetivo del injusto para que concurra el tipo delictivo.

Después de esclarecer en las líneas anteriores que el único elemento subjetivo que se exige es el dolo, y, por ende, desechando la idea de la concurrencia de cualquier otro elemento subjetivo del injusto, a continuación, se ofrecerá qué criterio ha de reunir a fin de establecer la imputación subjetiva de las acciones típicas descritas en el art. 189.1 a) y b), así como los problemas de índole probatorio que pueden suscitarse para demostrar que el dolo, efectivamente, concurre en la conducta típica. Dicho esto, respecto a los hechos típicos descritos en el art. 189.1 a), se hace necesario para imputar la comisión de la conducta al autor que haya tenido un doble conocimiento, es decir, mientras que el elemento volitivo del dolo comprende el que el sujeto quiere realizar los elementos objetivos del tipo, y además sabe - elemento intelectual del dolo- que las personas a las que capta, utiliza para esos fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, cualquiera que sea su soporte, son menores de edad -menores de dieciocho años emancipados o no- o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o financiare o se lucrare con estas actividades⁵⁴³.

En lo referente a la prueba del dolo en las conductas del art. 189.1 a), en ocasiones, esta labor puede constituir una *probatio diabólica*, sobre todo, en relación a la minoría de edad y discapacidad del sujeto pasivo -aunque hay que precisar que en estos comentarios nos centramos exclusivamente en la minoría de edad-. Así, si tenemos en cuenta que la edad de la víctima es un elemento integrante del delito de pornografía infantil, sobre el que puede versar la ignorancia del autor, la convicción de que el dolo abarca la minoría de edad de la víctima es *conditio sine qua nom* para imputar la conducta típica. Y tal convicción no presentará dudas en aquellos supuestos en que las

⁵⁴³ En parecidos términos se expresa la STS 503/2017, de 15 de febrero (RJ 422/2018).

imágenes del material, represente edades comprendidas muy por debajo de la mayoría de edad, es decir, dieciocho años. Sin embargo, el conflicto surge cuando la víctima se encuentre en una situación cercana a esa minoría de edad, ejemplificando, nos referimos a edades como los doce, trece y dieciséis años, pues, en puridad, en estos supuestos resulta muy complicado encontrar criterios de desarrollo físico que permitan determinar la edad con total exactitud a través de la simple contemplación u observación física de dichas imágenes⁵⁴⁴. Así, piénsese, en una niña que tuviese un desarrollo físico desproporcionado y avanzado para su edad cronológica. La jurisprudencia es pacífica en cuanto a la tesis que plantea cuando se trata de la victimización sexual de un menor. De este modo, el Tribunal Supremo ha considerado que el desconocimiento de la edad de la víctima por parte del autor ha de ser tratado en sede de tipicidad como error de tipo o *error facto* –art. 14,1-⁵⁴⁵, a través de informe pericial que sostenga este hecho y, a su vez, contemplando las circunstancias que rodean al hecho⁵⁴⁶, diferenciándolo de esta forma del error de prohibición o *error iuris* que posee otro tratamiento, art. 14.3 –se analiza en sede de culpabilidad-⁵⁴⁷. Ahora bien, como ya se señaló en

⁵⁴⁴ Un ejemplo de ello, lo tenemos en el fundamento descrito en la STS 674/2009, de 20 de mayo (RJ 2009/3208), en donde se sostiene que, «...es cierto que puede existir una frontera difícilmente deslindable cuando se trata de edades muy próximas, pero cuando la diferencia es notable la regla de la experiencia es un argumento válido que puede emplear el Tribunal para motivar su conclusión».

⁵⁴⁵ El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos objetivos del tipo.

⁵⁴⁶ En este sentido, se manifiesta la STS 320/2017, de 4 de mayo (RJ 1668/2017).

⁵⁴⁷ A este respecto, la jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de considerar la existencia de un error de prohibición o *error iuris* (ya sea directo o indirecto) en supuestos en los que se alegue el desconocimiento de la ilicitud del hecho o en palabras de COBOS DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 672, cuando «el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho»; o bien creer se dan los presupuestos de una casusa de justificación. Para más detalle al respecto sobre el error de prohibición en este contexto, se ejemplifica la STS 432/2020, de 9 de septiembre (RJ 2831/2020), en donde se deniega tales posibilidades.

líneas precedentes, si existe alguna duda en la posibilidad de que el sujeto haya podido conocer la edad de la víctima, tal situación conllevaría imputar los hechos a título de dolo eventual, y no como error de tipo, lo cual supondría de todos modos, la exclusión de responsabilidad penal del autor. Es decir, de considerarse el error de tipo como vencible, se imputaría el hecho a título de imprudencia; ahora bien, teniendo en cuenta el sistema de *numerus clausus* en la regulación de la imprudencia del art. 12 Cp y no existiendo la regulación de un tipo imprudente en los delitos de pornografía infantil, los casos en que el sujeto actúa bajo el error de tipo vencible quedarían impunes.

En las conductas descritas en la letra b) del art. 189, el sujeto activo ha de conocer la naturaleza del material (elemento intelectual o cognitivo del dolo), a saber, que se trata de imágenes pornográficas cuyos sujetos pasivos, menores de edad y personas con discapacidad son las protagonistas del mismo⁵⁴⁸. Sin embargo, no basta con este

Abundando en ello, cabe subrayar respecto del error de prohibición que, tal *error iuris* podría darse en relación al consentimiento prestado por la víctima, pero hay que recordar que, en los delitos de pornografía infantil, el consentimiento que prestara el menor para que, por ejemplo, elaborasen material pornográfico de él sería inválido. Es decir, el supuesto propuesto consistiría en un error de prohibición indirecto, puesto que el autor reconoce que su conducta está prohibida, pero cree que la misma está justificada.

Asimismo, las consecuencias derivadas de la concurrencia de un error de prohibición, permitirían valorar el carácter invencible o vencible. Si el error es calificado como invencible, el cometido por el autor sería considerado doloso, pero quedaría exento de culpabilidad; sin embargo, de estimarse como vencible, se atenuaría la pena del delito doloso.

⁵⁴⁸ No es preciso que se llegue a identificar a los menores que se incluyen en el material pornográfico, al no exigir este dato el tipo delictivo; basta con llegar al convencimiento de que los mismos no alcanzan la mayoría de edad, circunstancia que puede ser comprobada por los Tribunales conforme al criterio valorativo racional y de experiencia, como se recoge en la STS 785/2008 de 25 de noviembre (RJ 2009/556), en donde el Tribunal pudo comprobar por la estatura, rostro y falta de desarrollo físico sexual (ausencia de vello púbico), la edad aproximada de los mismos.

elemento, además debe concurrir en el autor el elemento volitivo del dolo, es decir, el sujeto ha de querer realizar cualquiera de las acciones típicas que conllevan su ordenación al tráfico. Y en cuanto a la prueba de la concurrencia del dolo, cabe subrayar la especial situación que se observa en aquellas conductas relacionadas con la distribución o difusión de material pornográfico infantil a través de Internet como medio de difusión de esta clase de material, a lo que se une las complicaciones en materia de prueba para determinar el tiempo y lugar de la comisión de este tipo de delitos. Es más, como observaremos a continuación, la prueba del dolo en estas conductas permite desechar la infracción por tenencia o posesión de material pedófilo para uso privado, conducta ésta última que en la praxis judicial resulta ser igualmente complejo determinarla.

La jurisprudencia en cuanto a las conductas de distribución a través de las TICs sostiene como imputación subjetiva para estos hechos típicos la concurrencia tanto del dolo directo como eventual. Así, en el primer caso, se incluirían aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el sujeto haya solicitado en la Red este tipo de material; o la existencia de un texto que acompaña al material en el que advierta que va referido a menores de edad. Abundando en ello, el criterio racional que daría solvencia para mantener enervada la presunción de inocencia del sujeto activo sería la circunstancia de que éste hubiera realizado anteriormente, cualquiera de las conductas del art. 189, lo que conduciría, a su vez, a establecer un derecho penal de autor fundamentado por imperativo legal en el art. 192.1, en virtud del cual, «A los condenados a pena de prisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se le impondrá además la medida de libertad vigilada...» permitiendo de este modo, la imposición de una medida de libertad vigilada cuando se imponga la pena privativa de libertad.

En segundo lugar, en cuanto al dolo eventual se constatará cuando el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la

utilización del programa (P2P, Twitter, etc.) permite el acceso a terceras personas del material así obtenido⁵⁴⁹. Y en referencia a la prueba de su existencia no se limita a la demostración de que se han utilizado, por ejemplo, los meritados programas, sino que ha de tenerse en cuenta otras pruebas indiciarias⁵⁵⁰ como el número de elementos que son puestos en la Red a disposición de terceros, para lo que se tendrá presente la estructura hallada en el terminal informático –archivos alojados en dispositivos de almacenamiento, en el disco duro, etc.–, el número de veces que son compartidos y como señala la STS 340/2010, 16 de abril (RJ 2088/2010) «...y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, en las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito».

Asimismo, como ya se precisó con las conductas de la letra a) del art. 189.1 el conocimiento por parte del autor de la minoría de edad de la víctima, en lo que respecta a las conductas de distribución de pornografía a través de las TICs se acentúa aún más esa dificultad. En efecto, la labor de fundamentar la prueba del dolo se verá acrecentada en los casos en los que el autor ni siquiera ha tenido un contacto real con el menor, pues no ha sido él quien se ha encargado de elaborar el material pedófilo. Es más, el conflicto aumenta si el material infantil proviene del extranjero o es desconocido su origen, e incluso, pongamos

⁵⁴⁹ En estos términos se pronuncian la SSTS 680/2010, de 14 de julio (RJ 3944/2010); 1377/2011, de 19 de diciembre (RJ 9144/2011); 1074/2009, de 28 de octubre (RJ 2009/5837); 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/1358); 236/2009, de 30 de enero (RJ 2009/451). Sin embargo, en algunas ocasiones los Tribunales inferiores han determinado la exclusión de responsabilidad penal por la falta de conocimiento de cómo funcionan estos programas junto a la falta de otros indicios, como se afirma en la SAP de Girona 422/2009, de 10 de junio (JUR 2009/391358).

⁵⁵⁰ La STS 429/2019, de 27 de septiembre (RJ 2942/2019) recoge algunas pruebas indiciarias para sostener la comisión del hecho delictivo.

de ejemplo, que la minoría de edad en los delitos de pornografía infantil en otros países no esté limitada a los dieciocho años, o bien el consentimiento sexual esté por debajo de los dieciséis años⁵⁵¹. De ello se infiere, que dada la dificultad o incapacidad que tiene el autor de poder tener un contacto visual previo con la víctima pueda alegarse como defensa el error de tipo; sin embargo, la jurisprudencia en estos casos es restrictiva en su aplicación, y suele calificar tales hechos más bien como dolo eventual, puesto que utiliza otros parámetros para desvirtuar la presunción de inocencia a través de pruebas indiciarias.

Parecidas complicaciones también se observan en la práctica judicial en relación a la demostración del dolo y su prueba en la última de las conductas típicas del art. 189.1 b), es decir, posesión de material pornográfico infantil para su ordenación al tráfico. Es más, la importancia de su prueba permitirá diferenciar tal conducta típica de la posesión del aludido material para uso privado. En este sentido, recordemos que el precepto penal engloba la mera tenencia de material pornográfico infantil orientado al tráfico, con independencia del soporte en el que se contenga, debiendo excluirse, no obstante, los supuestos en que se destine a uso propio, que igualmente sería punible a tenor de lo preceptuado en el art. 189.5.

La cuestión de la presencia del dolo en los hechos típicos relacionados con la tenencia de pornografía para su ordenación al tráfico no resulta baladí, pues la imputación de uno u otro comportamiento delictivo supone a los efectos penológicos la aplicación de una pena abstracta que va desde uno a cinco años de pena de prisión, si los hechos constatan la posesión de material pornográfico para su tráfico –art. 189.1 b)-, o bien la pena de prisión de tres meses

⁵⁵¹ En parecidos términos, se manifiestan BOIX REIG/ORTS BERENGUER, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (dir.), *El Nuevo Derecho Penal*, 2001, p.683.

a un año o multa de seis meses a dos años para el supuesto de pornografía infantil para uso propio –art. 189.5-. Así, el elemento subjetivo en la conducta de posesión de material pedófilo destinado al tráfico estaría compuesto por el elemento volitivo de poseer, así como el cognitivo representado por el conocimiento sobre el material pedófilo, es decir, que ha sido elaborado con menores de edad o personas con discapacidad y, de otro, su intención o ánimo de tenerlo para realizar cualquiera de las conductas que se expresan (producción, venta, difusión o exhibición), aunque el elemento subjetivo, al tratarse de un delito de tendencia interna transcendente o intención, iría unida a ella y no al dolo.

A propósito de su prueba existen verdaderas dificultades para demostrar que la tenencia del material persigue realizar cualquier conducta para su ordenación al tráfico y no la mera posesión para uso propio de material pedófilo. Por consiguiente, de lo dicho hasta ahora se infiere que los Tribunales consideran la comisión de la conducta típica a falta de una prueba directa⁵⁵², de las circunstancias que rodean al hecho, por lo que no pueden basar su fallo en criterios cuantitativos del material aprehendido, como sucede con el tráfico de drogas –art. 368-. De este modo, no le falta razón a Jiménez Serrano cuando sostiene que la dificultad de la prueba del dolo en el autor está en que una de las principales características del consumidor de pornografía infantil es la necesidad incesante por acumular y coleccionar material, «...lo que obliga a buscar y pertenecer a grupos pedófilos que le suministren el material de forma constante»⁵⁵³, o incluso darse el caso

⁵⁵² En la STS 873/2009, de 23 de julio (RJ 2009/4613) el Tribunal señala que es habitual que el consumido de dicho material sea asiduo coleccionista de archivos de esta naturaleza, sin que el importante número de material intervenido en poder del acusado, signifique necesariamente de por sí que se dedique una parte del mismo a la distribución a terceros.

⁵⁵³ JÍMENEZ SERRANO, *Manual práctico del perfil*, 2012, pp. 36-37.

contrario, que una persona tenga escasa cantidad de material pornográfico y sea dirigida a numerosas difusiones o distribuciones⁵⁵⁴.

En la línea comentada, es jurisprudencia pacífica que se considere como prueba indiciaria para desechar la imputación de la comisión del delito de tenencia de material pornográfico infantil para su distribución, hechos tales como los que señala la STS 559/2017, de 13 de julio (RJ 2870/2017) «la pericial acreditó que la carpeta que posibilitaba la intercomunicación entre usuarios contenía algunos archivos y otros, al tiempo de que interviniera la policía judicial y, también que el acusado procediera al archivo del material que había bajado utilizando el programa Emule en archivos ajenos a las carpetas temporales denominadas *incoming*, *My share folders*, etc., alejando de este modo, la posibilidad de distribución que proporciona el citado programa P2P»⁵⁵⁵.

III. CONCLUSIONES.

Señala Vives Antón sobre la doctrina finalista que el “núcleo duro” de esta teoría se centra en el delito cometido dolosamente y que de ella se deducen dos afirmaciones: por un lado, cuando los tipos penales describen las diversas acciones típicas, el significado de las palabras viene dado por el contenido de la voluntad y, de otro, ese contenido de la voluntad o la voluntad final de realización «constituye, a su vez, en la medida en que resulta portador del sentido de acción de las diversas conductas típicas, el objeto de la valoración jurídica: en él radica como no puede ser de otro modo, la esencia del injusto»⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en FARALDO CABANA, P., (dir.), *Política Criminal y Reformas Penales*, 2007, p. 275.

⁵⁵⁵ En los mismos términos, y realizando un análisis diferenciador entre la tenencia del material pedófilo para su ordenación al tráfico –art. 189.1 b)- y la tenencia para uso propio –art. 189.5- se ejemplifica la STS 271/2012, de 26 de marzo (RJ 1650/2013).

⁵⁵⁶ VIVES ÁNTON, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., 2011, p. 749.

Pues bien, partiendo de la máxima finalista de que la voluntad es la que rige la acción y que la misma va dirigida a fin, se pueden extraer las siguientes conclusiones resumidas de la siguiente manera: primera, dada la configuración típica de las distintas figuras delictivas que componen el meritado precepto nos hallamos ante tipos dolosos en los que caben la concurrencia tanto de un dolo directo como eventual.

Segunda, del estudio se infiere que las conductas típicas relacionadas con la pornografía infantil no requieren de ningún otro elemento subjetivo del injusto adicional al dolo, pues si consideramos que su configuración es la de *delitos de tendencia transcendente o intensificada*, ello nos lleva, en consecuencia, a aseverar que para la comisión de las conductas típicas del art. 189 sólo es necesario la concurrencia del dolo sin necesidad de ningún otro elemento subjetivo del tipo⁵⁵⁷. Y el dolo ha de abarcar el hecho de que el sujeto quiera realizar cualquiera de las conductas descritas en el art. 189, es decir, debe ser consciente del significado que persigue con su acción, así como del conocimiento de la edad o el estado de discapacidad de las víctimas.

Finalmente, queremos enfatizar que el conocimiento que el sujeto ha de tener sobre la edad o estado de discapacidad de la víctima es esencial para que se pueda predicar la acción típica como dolosa. Es decir, cuando de menores de edad se trate, al ser la minoría de edad de la víctima un elemento integrante del delito de pornografía infantil deviene como una condición indispensable el hecho de que el autor conozca este dato para poder imputar subjetivamente como dolosa la

⁵⁵⁷ En este punto conviene recordar que, los únicos elementos subjetivos distintos al dolo van referidos al ánimo o finalidad con la que el sujeto ha de actuar y que pertenecen al tipo de acción –es decir, al modelo de acción misma-, a los que VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema*, 2ª ed., 2011, pp. 286-292, llama «*intencionalidad objetiva*», pues como acertadamente sostiene este autor, desempeñan «...un papel definitorio en la clase de acciones».

realización de cualquiera de las conductas descritas en el art. 189. De lo contrario, se estaría ante un error de tipo que excluiría la responsabilidad penal del autor, con independencia de su valoración invencible o vencible, pues como hemos visto, ambas clases de error de tipo nos llevan al mismo resultado. A este respecto, la jurisprudencia es pacífica en sostener en sus resoluciones que, si el autor tiene la más mínima posibilidad de poder conocer de algún modo la edad de la víctima, los hechos típicos se imputarían a título de dolo eventual. A tal solución podría llegarse a través del análisis razonado del informe pericial y de las circunstancias que rodeen al hecho.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo doctoral he ido exponiendo algunos planteamientos personales sobre los delitos regulados en el art. 189 referentes a la pornografía infantil. En este sentido, en mi estudio he ido bien realizando objeciones, apoyando o matizando aquellos postulados que, a mi humilde juicio, necesitaban algún tipo de comentario a su favor o en contra. Es por ello que la mayor parte de las conclusiones que me dispongo a reseñar a continuación, han sido expuestas conforme con las teorías, opiniones o planteamientos suscritos por otros autores, teniendo siempre en consideración los instrumentos internacionales o de ámbito europeo que regulan el fenómeno de la pornografía infantil, así como de la jurisprudencia que tiene encomendada la tarea de interpretar las conductas típicas relacionadas con la pornografía infantil creadas por el legislador.

CONCLUSIONES AL CAPÍTULO I

Primera-. La entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre constituyó un cambio de paradigma en materia de pornografía infantil respecto a la anterior modificación de 1999 la cual se limitó a introducir en la rúbrica del Título VIII un nuevo bien jurídico, indemnidad sexual, junto al ya existente, libertad sexual, además, de ampliar el contenido del precepto originario para hacer frente a las conductas de tráfico por Internet de material pornográfico infantil.

Así, la reforma de 2003 trajo consigo la inclusión de nuevas figuras delictivas, de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales en esta materia, adaptación de los tipos ya existentes y la revisión del régimen de penas. En definitiva, la adopción de una política criminal que fue tachada por la mayoría de la doctrina como más severa y represiva.

Segunda-. En este sentido, la reforma aludida fue aprovechada por la doctrina para realizar un análisis exhaustivo sobre el bien jurídico o bienes jurídicos protegidos en el art. 189 y revisar sus

postulados. Es decir, hasta ese momento la doctrina se había manifestado mayoritariamente en favor de considerar que sólo se salvaguardaba un único objeto tutelado en el tipo penal, ya fuese libertad sexual o bien indemnidad sexual. Pero al ampliarse el catálogo de conductas típicas en el precepto, observan mayoritariamente, que la afección al bien jurídico, indemnidad sexual, se ha de reducir exclusivamente a los supuestos en los que se lesione o ponga en peligro el mismo. De ahí que se procediera a dilucidar qué bien jurídico se protegía en el resto de figuras delictivas.

La conclusión a la que se llega, refrendada cada vez más por una mayoría de autores, es que el delito de pornografía infantil constituye un delito pluriofensivo en el que aparte de lesionarse o poner en peligro la indemnidad sexual de los sujetos, cabe igualmente de modo subsidiario o independiente afectar a otros bienes jurídicos⁵⁵⁸.

Tercera-. Este último postulado es lo que se defiende en el presente trabajo cuando señaló que en determinados supuestos como la captación de imágenes subrepticias para elaborar material pornográfico infantil, la indemnidad sexual no es el bien jurídico afectado, sino que, en mi opinión y coincidiendo con otros autores, la afectación se dirige a la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor. La dignidad y seguridad de la infancia en los casos de tráfico de pornografía infantil, o incluso la moral sexual colectiva cuando de adquisición y posesión de pornografía infantil para uso privado se trata. Es más, en este último caso, se ha puesto de relieve en el presente trabajo nuestras dudas acerca de la legalidad de su punición e incluso hemos objetado la posible vulneración del principio de exclusión de

⁵⁵⁸ En este sentido, se han hecho mención, entre otros autores, a MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, 9ª ed., 2011, p. 395; ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes*, 2001. p. 129; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *RP*, núm. 38, 2006, p. 52.

bienes jurídicos, si la fundamentación de su criminalización radica en proteger la indemnidad sexual de las víctimas, por cuanto que con la realización de tales conductas no existe afectación directa al mencionado valor protegido como también cabe apreciar la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal.

CONCLUSIONES AL CAPÍTULO II.

Cuarta.- La última reforma del Código Penal, operada por LO 1/2015, de 20 de marzo, en lo que a los delitos de pornografía infantil se refiere viene significada por los compromisos internacionales asumidos por España. En concreto, por la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa.

Pues bien, la reforma aludida afectara considerablemente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, particularmente, reseñable es la decisión legislativa de elevar la edad del consentimiento sexual de los menores a los dieciséis años, y que con anterioridad se situaba en los trece años constituyendo la edad cronológica más baja de toda la UE.

Asimismo, se conforman agravaciones si, además, concurre violencia intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Y en el supuesto de víctimas menores de edad, es decir, menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis se considerará abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

A propósito de los delitos de pornografía infantil, la reforma de 2015 sigue la senda marcada por su antecesora –LO 15/2003– en cuanto a la ampliación de los tipos delictivos, que, si bien, el legislador

atribuye a la obligatoriedad de transponer la normativa internacional, en puridad, con algunos tipos penales incorporados, -póngase de ejemplo, la conducta de lucrarse con las actividades de pornografía infantil-, muestra una decisión unilateral por no dejar atrás ninguna conducta por criminalizar relacionada con esta materia. En consecuencia, tal reforma ha comportado, conforme a la política criminal de la UE, aplicar un Derecho penal más severo y más represivo.

Quinta-. Pero no han sido las únicas modificaciones que trajo consigo la reforma de 2015, pues, en mi opinión, lo más destacable ha resultado ser la incorporación al texto legal del concepto normativo de material pornográfico. Un concepto, que como hemos dejado señalado en el presente trabajo, mermó las expectativas doctrinales y jurisprudenciales. En efecto, el concepto normativo de material pornográfico regulado en el art. 189.1 inciso final parece ser un corta y pega del concepto preceptuado en la Directiva 2011/93/UE. Y digo parece ser, porque de nuevo el legislador hace uso de su potestad legislativa para introducir como una modalidad de material pornográfico la pornografía virtual –recordemos que la *pseudopornografía* la constituye la pornografía técnica y la pornografía virtual o simulada y que aparecen en las letras c) y d) del inciso final del art. 189.1-, que no venía regulada en el instrumento normativo.

A este respecto se critica y no falta razón en ello, que el legislador de 2015 no supo aprovechar la posibilidad de mejora de la técnica en cuanto a su conceptualización cuando introdujo el aludido concepto. Es más, se objeta tanto por la doctrina como la jurisprudencia la medida legislativa de incriminar la pseudopornografía, señalando que tales modalidades de material pornográfico ni lesionan ni ponen en peligro ningún bien jurídico protegido, lo que conlleva la desvirtualización del principio de proporcionalidad en sentido amplio o

principio de protección de exceso, así como la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Ahora bien, no sólo cabe reseñar las críticas vertidas, sino que también conviene destacar que la inclusión del concepto de material pornográfico ha comportado un incremento de objetividad, ya que de este modo el concepto queda totalmente determinado y a la par supone un respeto absoluto con el principio de seguridad jurídica del Derecho Penal.

Sexta- En lo referente a la descripción de las conductas típicas reguladas en el art. 189.1 y pese a que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 señala que son consecuencia directa de la obligatoriedad de transponer la normativa internacional en esta materia, en puridad, no todas provienen de tal fundamentación. En efecto, ello ocurre con la decisión legislativa de criminalizar la conducta *«financiare cualquiera de esas actividades»* -art. 189.1 a)-, conducta, que no se preveía en ninguno de los instrumentos internacionales y mucho menos de ámbito europeo, y que habrá de fundamentarse en una decisión de política criminal por no dejar impune ninguna acción criminal relacionada con la pornografía infantil.

Pues bien, esta decisión por tipificar autónomamente la financiación de las actividades relacionadas con la pornografía infantil me parece acertada, pese a la reticencia de algunos autores. En efecto, con ella se eleva a la categoría de autoría material de los hechos al explotador que con su significativa aportación económica permite la realización o mantenimiento de espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o la elaboración de material pedófilo, ocasionando con ello no sólo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, indemnidad sexual, sino que también, y no menos importante, se consigue salvaguardar los principios informadores del Derecho penal, a saber, el de legalidad y seguridad jurídica.

Distinta opinión me merece la conducta lucrarse con las actividades relacionadas con la pornografía infantil, pese a que viene regulada tanto en la DM 2004/68/JAI como en la Directiva 2011/93/UE que la sustituye, por cuanto que considero la innecesariedad de su tipificación al considerar que cabe entender que se encuentra incluida en cualquiera de las restantes modalidades típicas.

Séptima-. Con respecto a las dos primeras modalidades tipificadas también en la letra a) del art. 189.1, esto es, la captación de los sujetos pasivos con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pedófilo, se acepta, como así es nuestro caso y el de la doctrina mayoritaria, que el único objeto tutelado es la indemnidad sexual. Pues bien, teniendo ello presente, a mi juicio, las tipificaciones de tales tipos generan un menoscabo al principio de intervención mínima, así como al principio de proporcionalidad al adelantarse las barreras de protección en estas conductas, ya que de estimarse tales acciones en otros delitos constituirían meros actos preparatorios.

Pero al ser configurados los delitos de pornografía infantil como de peligro abstracto permiten que, a través de esta técnica, el reproche penal se vincule a la constatación de la realización de la conducta, sin que sea necesario la consumación de ésta. O, en otras palabras, se produce un adelantamiento de las barreras de protección anterior a la afectación del objeto tutelado, constituyendo de este modo un delito de consumación anticipada.

Octava-. Asimismo, y a propósito de su estructura, las dos primeras modalidades típicas reguladas en la letra a) del art. 189.1, esto es, captación y utilización de las víctimas para fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico infantil se conforman como *delitos de mera actividad* y, a su vez, todas ellas como *tipos mixtos alternativos*, por lo que la comisión

de cualquiera de las conductas típicas es suficiente para incurrir en el precepto descrito en la letra a) del art. 189.1. Es decir, se estimará un sólo delito cuando el autor que capta al menor o persona con discapacidad posteriormente lo utiliza para la realización de un espectáculo exhibicionista o pornográfico o para esos fines.

Ahora bien, debe reseñarse que, aunque tales fines acompañen a la acción del sujeto activo, realmente, constituyen unos especiales elementos subjetivos distintos del dolo. En mi opinión, tales elementos subjetivos deberían configurarse como un elemento volitivo o “intención” que acompañase al dolo. No obstante, y pese a su ordenación, siguen integrando un *delito de intención o de tendencia interna transcendente*⁵⁵⁹, y dentro de estos, como *delitos de resultado cortado*⁵⁶⁰.

Novena-. El afán expansivo también se hace notar en las modalidades descritas en la letra b) del art. 189.1, no dejando prácticamente ninguna acción por tipificar mediante el amplio abanico de verbos típicos. Así, el precepto contempla una amplia variedad de verbos encaminados a incriminar la preordenación al tráfico de material pedófilo.

La redacción dispensada ocasiona que se redunde en su exposición. En efecto, ello ocurre con diversos verbos como, por ejemplo, «difundir-distribuir». O incluso, «ofrecer» del que, a mi juicio, resulta del todo innecesaria su tipificación en tanto que puede entenderse como una tentativa en la realización de otras conductas

⁵⁵⁹ Según la clasificación que dispone MEZGER, E., y que también comparte ROXIN, C.

⁵⁶⁰ A este respecto, en el epígrafe correspondiente al análisis de las distintas conductas típicas del art. 189.1 hemos señalado que para algunos autores como MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, particularmente estas dos modalidades típicas constituyen *delitos mutilados en dos actos*.

típicas como vender, distribuir o exhibir material pornográfico infantil, o en cuya elaboración hubiesen sido utilizados las víctimas.

De otra parte, es necesario señalar la diferencia a efectos punitivos entre ambas letras del tipo básico, si se admite, como así dispone el propio legislador, que en los delitos de pornografía infantil se protege la indemnidad sexual de las víctimas. De suerte que partiendo de tal postulado y si realizamos una comparativa entre ambas letras, resulta llamativo que por una cuestión de política criminal el legislador haya desplegado el *ius punendi* con mucha más severidad y represión en la letra b) que en la letra a). Abundando en ello, se aumenta mucho más la respuesta penal frente a la comisión de los verbos típicos descritos – art. 189.1 b)-. De manera que, a mi juicio, la exacerbación punitiva provoca la vulneración de prohibición de exceso incluido en el principio de proporcionalidad, habida cuenta que, al instaurar la pena privativa de libertad de 1 a 5 años se equipara tanto el desvalor de la acción como el de resultado en ambas letras. Cuando, en puridad, existe una diferencia sustancial con las modalidades descritas en la letra a). A saber, con la realización de las preceptuadas en la letra a) el autor actúa directamente sobre el sujeto pasivo, por ende, afectando directamente el bien jurídico protegido, indemnidad sexual.

En cambio, con la comisión de cualquiera de los verbos típicos detallados en la letra b), el autor actúa sobre un material ya elaborado en el que no ha tenido participación en su confección, por tanto, no incide sobre la víctima y, en consecuencia, no afecta a su indemnidad sexual. De ahí que el establecimiento de la misma pena privativa de libertad sea excesivo en caso de cometerse las conductas reguladas en esta letra. No obstante, como hemos señalados en líneas anteriores tal medida tiene coherencia punitiva si se admite como objeto tutelado la indemnidad sexual.

Ahora bien, discrepamos de aquellos autores que postulan tal defensa, pues, a mi juicio, lo que realmente se está salvaguardando en

la letra b) son bienes jurídicos de carácter colectivo como la dignidad y la seguridad de la infancia, por tanto, y desde este razonamiento, sí cabría entender la pena designada.

Décima-. Las acciones típicas que componen el art. 189.1 b) poseen una estructura de *tipo abierto y de progresión delictiva*, esto es, comportamientos delictivos que constituyen generalmente estadios intermedios de hechos típicos ulteriores que se ven consumidos por éstos.

CONCLUSIONES AL CAPÍTULO III.

Décimo Primera-. Los diversos delitos de pornografía infantil – tipos básicos, art. 189.1, tipos cualificados, art. 189.2 y el tipo hiperagravado, art. 189.3- se clasifican como *delitos comunes*. De este modo, la condición de sujeto activo en las modalidades típicas la puede ostentar cualquier persona, sin necesidad de que ésta posea alguna característica concreta o se le exija una especial cualidad. Empero, ello no significa que la imputación de un determinado tipo cualificado no exija una especial cualidad de su autor. En efecto, esto ocurre, en concreto, con la cualificación regulada en el art. 189.2 g), en el que se exige para su imputación que el sujeto activo sea el representante legal o de hecho de la víctima y aunque tal representación la ostente de forma provisional.

Décimo segunda-. Del estudio realizado se observa que debido a como han sido configurados los tipos penales, es decir, por la amplitud de acciones típicas descritas, surgen ciertas dificultades cuando se pretende determinar el grado de imputación del autor. O, dicho de otro modo, la confusión se origina por el hecho de que los límites entre autoría y participación no están suficientemente delimitados, lo que puede producir cierta vulneración del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso.

Décimo cuarta-. En cuanto al sujeto pasivo, menor, cabe reseñar la incoherencia en el establecimiento de diferentes edades cuando se

trata de la victimización del menor en el Título VIII del CP. En efecto, el legislador discrimina entre edades, fijando una determinada edad cronológica dependiendo del tipo penal al que se haga referencia, lo que ha llevado a que la mayoría de la doctrina califique la política criminal del legislador como más moralizante y represiva.

Pese a tal afirmación, a mi juicio y aun a riesgo de equivocarme, la decisión de implantar en las conductas de pornografía infantil la minoría de edad en los dieciocho años para el sujeto pasivo viene fundamentada en dos motivos. En primer lugar, se atiende al artículo 12 de la Carta Magna para establecer la minoría de edad en los 18 años, coincidiendo así con los textos internacionales y de ámbito europeo; y segundo, se basa en el objeto tutelado. Es decir, es en el bien jurídico protegido donde radica la diferencia de criterio de instaurar una protección aún más reforzada para el menor.

Abundando, un menor de 16 años puede consentir libremente mantener relaciones sexuales, pero se le restringe tal posibilidad si lo que desea es realizar un material pornográfico o participar en un espectáculo exhibicionista o pornográfico. Así, en el primero de los supuestos la actividad sexual es irrelevante penalmente, siempre que exista un consentimiento libre y voluntario prestado por el menor. En cambio, en el segundo de los casos se protege la indemnidad sexual, entendida como la correcta formación en la esfera sexual, libre de injerencias por terceros y que en los supuestos de pornografía infantil pudieran estar representadas por la presencia de un tercero en un espectáculo exhibicionista o pornográfico, o elaborando un material pornográfico, incidiendo de esta forma de manera directa en el menor o persona con discapacidad.

En consecuencia, esta disparidad en la regulación de la edad del menor tiene desde mi punto de vista cierta lógica, por cuanto que en el primero de los supuestos referenciados se trataría de una conducta puntual en el tiempo entre los individuos que participan en la actividad

sexual. Sin embargo, de tratarse de actividades relacionadas con la pornografía infantil existe un riesgo de difusión del material pedófilo a más personas, que implicaría un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación en la esfera sexual del menor y que para el caso de los incapaces –actualmente denominados personas con discapacidad necesitadas de especial protección- se persigue evitar que sean objetos sexuales.

Es más, si llegado el momento el material pornográfico se difundiese serían la dignidad y la seguridad de la infancia lo que estaría en juego.

De otra parte, y en término de *lege ferenda*, quizás sería conveniente que el legislador rebajase esa especial protección que se le confiere a los menores en los delitos de pornografía infantil, puesto que la realidad social actual es que los jóvenes comienzan a mantener relaciones sexuales a una edad cada vez más temprana.

Décimo quinta-. Por ende, y en relación con lo anterior, se afirma que, en los delitos de pornografía infantil, el consentimiento libre que pudiera prestar el menor para participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico se considera *per se* irrelevante, al conformar el legislador una tutela mucho más reforzada para los menores de 18 años, cuando de la comisión de estas figuras delictivas se trate. De este modo, constituye una excepción a la cláusula establecida en el art. 183 quater, que preceptúa la validez el consentimiento prestado por menor de 16 años para la realización de actividades con connotación sexual, cuando el autor sea una persona próxima en edad a éste y grado de desarrollo y madurez. Así, el legislador concede cierta libertad sexual al menor de 16 años y excluye de responsabilidad penal al autor si se dan los requisitos exigidos.

Décimo sexta- En cuanto al otro sujeto pasivo de las conductas típicas de pornografía infantil, *persona con discapacidad necesitada de especial protección* es un término introducido ex novo en el art. 25.2 Cp por el legislador de 2015.

El significado de tal locución me parece equivalente a la anterior voz «incapaz», entendido como tal a aquella persona que necesita un apoyo para la toma de decisiones o para el ejercicio de su capacidad jurídica a causa, como el propio precepto señala, de las deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente que presente el individuo. Aunque hay que reconocer que la reforma de 2015 ha ampliado el concepto.

CONCLUSIONES AL CAPÍTULO IV.

Décimo séptima- Para el estudio del tipo subjetivo en los delitos de pornografía infantil se parte de la Teoría finalista de la acción. De este modo, puede afirmarse que las distintas figuras típicas están configuradas como tipos dolosos en los que cabe la concurrencia tanto del dolo directo como el eventual. En concreto, en las conductas referenciadas en la letra a), en mi opinión, sólo es posible su comisión a título de dolo directo, ya sea de primer o de segundo grado. Sin embargo, en cuanto a las descritas en la letra b) cabe ampliar la imputación subjetiva a título de dolo eventual, conforme al criterio de la propia jurisprudencia.

Décima octava. El conocimiento que el autor de la conducta típica ha de tener sobre la minoría de edad del menor o estado de discapacidad del sujeto pasivo es esencial para que se puede predicar la acción típica como dolosa, por cuanto que la edad de la víctima o el estado de discapacidad son elementos integrantes del tipo objetivo del delito. De lo contrario, estaríamos hablando de un error en el tipo que excluiría la responsabilidad penal del autor, con independencia de su valoración como invencible o vencible.

CONCLUSIONES FINALES.

Décimo novena-. La aparición de Internet y el desarrollo de la tecnología de la información y comunicación (TICs) que actúan a través de la Red, han contribuido al perfeccionamiento en las formas de comisión de los delitos de pornografía infantil. Muestra de ello es que actualmente, el consumidor de este tipo de material pedófilo ya no necesita acudir a ambientes marginales para conseguir determinadas fotos de menores, con riesgo de ser descubierto. Así, el acceso a la Red le permite desde cualquier lugar asomarse, con apenas esfuerzo, a la producción mundial de material pedófilo en espacios virtuales, donde otros sujetos con los mismos instintos sexuales estarán dispuestos a intercambiar con él el aludido material que hayan encontrado en la Red, sin necesidad de contraprestación económica alguna.

En definitiva, de lo dicho se pueden extraer dos conclusiones: de un lado, que la figura de traficante y consumidor de pornografía infantil se difuminan y entremezclan. Y de otro, debido a este desarrollo tecnológico que utiliza Internet como medio comisivo, ofrece demasiadas facilidades de ocultación o impunidad al delincuente. Es más, cada vez más se constata que los lugares de producción de este tipo de material se van desplazando a lugares donde sus legislaciones penales no incriminan este tipo de conductas delictivas o bien se regulan teniendo como sujetos pasivos de la conducta criminal a menores de muy corta edad.

Vigésima-. En este sentido, con el presente trabajo hemos constatado que el fenómeno de la pornografía infantil como forma de explotación sexual de menores es un problema que afecta a toda la sociedad internacional. De ahí que sea esencial la cooperación internacional y la armonización de la legislación penal de los Estados para luchar contra este tipo de delincuencia, además, de dotar de suficientes medios de investigación a los distintos Cuerpos de Seguridad a fin de facilitarles la tarea de investigación.

Vigésimo primera-. En cuanto al estudio de los tipos penales y en relación a la armonización de la legislación penal de Estados miembros de la Unión Europea, tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI como la Directiva 2011/93/UE han dejado muy poco margen de maniobra a los Estados miembros para que, en virtud de su potestad legislativa, pudiesen conformar los delitos con criterios menos estrictos.

Vigésimo segunda-. Con todo, vuelvo a incidir en el “paso de gigante” que ha supuesto la incorporación del concepto normativo de material pornográfico infantil y cuyo concepto se interpreta desde la óptica de la *conducta sexualmente explícita*, permitiendo de este modo dejar atrás los continuos debates relacionados con la distinción entre pornografía y erotismo y tantas páginas han ocupado en la literatura penal.

MATERIALES UTILIZADOS.

Bibliografía, jurisprudencia, acuerdos jurisdiccionales, documentos de la Fiscalía General del Estado e índice de instrumentos internacionales y de ámbito europeo.

I. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS.

1. Tribunal Constitucional.

STC 11/1981 de 8 de abril.

STC 62/1982 de 15 de octubre.

STC 73/1982, de 2 de diciembre.

STC 57/1984, de 8 de mayo.

STC 53/1985, de 11 de abril.

STC 104/1986, de 17 de julio.

STC 159/1986, de 12 de diciembre.

STC 231/1988, de 2 de diciembre.

STC 120/1990, de 27 de junio.

STC 197/1991, de 17 de octubre.

STC 20/1992, de 14 de febrero.

STC 219/1992, de 3 de diciembre.

STC 142/1993, de 22 de abril.

STC 254/1993, de 20 de julio.

STC 117/1994, de 25 de abril.

STC 143/1994, de 9 de mayo.

STC 207/1996, de 16 de diciembre.

STC 27/1997, de 11 de diciembre.

STC 94/1998, de 4 de mayo.

STC 159/2009, de 11 de abril.

STC 190/2013, de 12 de diciembre.

STC 12/2012, de 30 de enero.

STC 7/2014, de 27 de enero.

2. Tribunal Supremo.

STS de 30 de enero de 1981.
STS de 12 de marzo de 1982 (RJ 1982/1608).
STS de 6 de mayo de 1982 (RJ 1982/2639).
STS de 9 de junio de 1982 (RJ 1982/3514).
STS de 2 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6922).
STS de 21 de diciembre de 1982 (RJ 1982/7854).
STS de 2 de marzo de 1983 (RJ 1983/1749).
STS de 29 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4295).
STS de 25 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4443).
STS de 9 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6013).
STS de 4 de marzo de 1987 (RJ 1987/1863).
STS de 13 de junio de 1987 (RJ 1987/4800).
STS 602/1987, de 26 de octubre (RJ 1987/7602).
STS de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988/857).
STS de 16 de febrero de 1988 (RJ 1988/1085).
STS de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988/8375).
STS de 30 de marzo de 1988 (RJ 1988/2128).
STS de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988/8070).
STS, de 19 de mayo de 1989 (RJ 1998/4223).
STS de 26 de enero de 1990 (RJ 1990/515).
STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/1479).
STS de 20 de marzo de 1990 (RJ 1990/2401).
STS de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990/4142).
STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/6252).
STS de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991/755).
STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2068).
STS 1209/1992, de 26 de mayo (RJ 1992/4488).
STS 1468/1993, de 18 de junio (RJ 1993/5197).
STS 8 de febrero de 1995 (RJ 1995/712).
STS 574/1995, de 21 de abril (RJ 1995/3533).
STS 1315/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995/9441).

STS 4829/1996, de 16 de septiembre de 1996.
STS de 20 de septiembre (RJ 1996/9036).
STS 609/1997, de 10 de abril (RJ 1997/2770).
STS 654/1997, de 7 de mayo, (RJ 1997/3800).
STS 692/1997, de 7 de noviembre (RJ 1997/8348).
STS 195/1998, de 16 de febrero (RJ 1998/1051).
STS 1222/1998, de 29 de septiembre (RJ 1998/7370).
STS 1229/1998, de 15 de octubre (RJ 1998/9212).
STS 492/2000, de 21 de marzo (RJ 2000/2385).
STS 429/2000, de 21 de mayo (RJ 2000/2385).
STS 1030/2000, de 13 de junio (RJ 1993/5197).
STS 20 de junio de 2000 (RJ 2000/580).
STS 1182/2000, de 28 de junio (RJ 2000/5808).
STS 1553/2000, de 10 de octubre (RJ 2000/9151).
STS 1641/2000, de 23 de octubre (RJ 2000/8791).
STS 1632/2000, de 24 de octubre (RJ 2000/9157).
STS 131/2001, de 5 de febrero de (RJ 2001/755).
STS 530/2001, de 28 de marzo (RJ 2595/2001).
STS 2343/2001, de 11 de diciembre (RJ 2002/1525).
STS 496/2002, de 20 de marzo (RJ 2002/4018).
STS 432/2002, de 8 de marzo (RJ 2002/3975).
STS 1316/2002, de 10 de julio (RJ 2002/7450).
STS 1494/2002, de 20 de septiembre (RJ 2002/8162).
STS 1553/2000, de 10 de octubre (RJ 2000/9151).
STS 1342/2003, de 20 de octubre (RJ 2003/7509).
STS 1444/2004, de 10 de diciembre (RJ 2005/879).
STS 376/2006, de 8 de marzo (RJ 2006/1827).
STS 476/2006 de 2 de mayo (RJ 3106/2006).
STS 247/2006, de 18 mayo (RJ 2000/2439).
STS 913/2006, de 20 de septiembre (RJ 5630/2006).
STS 1058/ 2006, de 2 de noviembre (RJ 2006/8165).
STS de 12 de noviembre de 2006 (RJ 2009/167).

STS 796/2007, de 1 de octubre, (RJ 2007/6495).
STS 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/7297).
STS 782/2007, de 3 de octubre (RJ 2007/6289).
STS 921/2007, de 6 de noviembre (RJ 2007/8271).
STS 51/2008, de 6 de febrero (RJ 2008/1850).
STS 292/2008, de 28 de mayo (RJ 2008/3241).
STS 503/2008, de 17 de julio (RJ 2008/5159).
STS 696/2008, de 29 de octubre (RJ 2008/5718).
STS 739/2008, de 12 de noviembre (RJ 2009/167).
STS 785/2008, de 25 de noviembre (RJ 2009/556).
STS 797/2008, de 27 de noviembre (RJ 2009/171).
STS 829/2008, de 5 de diciembre (RJ 2008/7751).
STS 105/2009, de 30 de enero (RJ 2009/331).
STS 236/2009, de 30 de enero (RJ 2009/451).
STS 533/2009, de 20 de mayo, (RJ 2009/3207).
STS 674/2009, de 20 de mayo (RJ 2009/3208).
STS 795/2009, de 28 de mayo (RJ 2009/4200).
STS 592/2009, de 5 de junio (RJ 2009/4210).
STS 873/09, de 23 de julio (RJ 2009/4613).
STS 947/2009, de 2 de octubre, (RJ 2009/5988).
STS 767/2009 de 3 de octubre (RJ 2007/7297).
STS 1152/2009, de 27 de octubre (RJ 2009/5756).
STS 1074/2009, de 28 de octubre (RJ 2009/5837).
STS 1016/2009, de 28 de octubre (RJ 2010/113).
STS 1074/2009, de 28 de octubre (RJ 2009/5837).
STS 1055/2009, de 3 de noviembre (RJ 2009/7828).
STS 1110/2009, de 16 de noviembre (RJ 2010/177).
STS 107/2010, de 16 de febrero (RJ 2010/559).
STS 130/2010, de 17 de febrero (RJ2010/3812).
STS 340/2010, de 16 de abril (RJ 2010/162341),
STS 588/2010, de 22 de junio (RJ 2010/3724).
STS 674/2010, de 5 de julio (RJ 2010/193).

STS 672/2010, de 8 de julio (RJ 2010/7330).
STS 680/2010, de 14 de julio (RJ 2010/3944).
STS 803/2010, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650).
STS 842/2010, de 7 de octubre (RJ 2010/7684).
STS 1098/2010, de 13 de diciembre (RJ 2011/1183).
STS de 7 de febrero de 2011 (RJ 2011/329).
STS 373/2011, de 13 de mayo (RJ 2011/3871).
STS 1190/2011, de 10 de noviembre (RJ 2012/592).
STS 1299/2011, de 17 de noviembre (RJ 2012/1540).
STS 1260/2011, de 25 de noviembre (RJ2011/1793).
STS 1377/2011, de 19 de diciembre (RJ 2012/8615).
STS 184/2012, de 9 de marzo (RJ 1790/2012).
STS 264/2012, de 3 de abril (RJ 2012/5596).
STS 334/2012, de 25 de abril (RJ 2012/11286).
STS 526/2013, de 25 de junio (RJ 1199/2014).
STS 244/2014, de 25 de marzo (RJ 2014/1760).
STS 12/2015, de 20 de enero (RJ 2/2015).
STS 497/2015, de 24 de julio (RJ 2015/3708).
STS 167/2016, de 2 de marzo (RJ 948/2016).
STS 957/2016, de 19 de diciembre (RJ 5492/2016).
STS 23/2017, de 24 de enero (RJ 2017/285).
STS 503/2017, de 15 de febrero (RJ 422/2018).
STS 320/2017, de 4 de mayo (RJ 1668/2017).
STS 424/2017, de 13 de junio (RJ 2359/2017).
STS 249/2018 de 24 de mayo (RJ 2018/3678).
STS 433/2018, de 28 de septiembre (RJ 3522/2018).
STS 151/2019, de 21 de marzo (RJ 2019/1805).
STS 305/2019, de 11 de junio (RJ 2019/2252).
STS 332/2019, de 27 de junio (RJ 2205/2019).
STS 429/2019, de 27 de septiembre (RJ 2942/2019).
STS 132/2020, de 5 de mayo (RJ 818/2020).
STS 240/2020, de 26 de mayo (RJ 1319/2020).

STS 432/2020, de 9 de septiembre (RJ 2831/2020).

3. Acuerdos y autos jurisdiccionales.

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 27 de octubre de 2009.

ATS 25/2011, de 10 de febrero, (JUR 2011/60516).

ATS 1697/2013, de 26 de septiembre (JUR 2013/316199).

ATS 113/2015, de 2 de julio.

ATS 229/2016, de 28 de enero (RJ 1239/2016).

4. Tribunal Superior De Justicia.

STSJ de Canarias, 63/2018, de 18 de diciembre (RJ 3858/2015).

5. Audiencias Provinciales.

SAP Guipúzcoa 1192/1997, de 12 de diciembre (ARP 1997/2104).

SAP Sevilla 93/1999, de 14 de mayo de (JUR 1999/173426).

SAP Asturias 469/1999, de 4 de junio (ARP 469/1999).

SAP Madrid 443/1999, de 29 de septiembre (ARP 1999/4439).

SAP Cádiz, 95/1999, de 8 de noviembre (JUR 1999/173425).

SAP Madrid 64/2001, de 28 de febrero (JUR 2001/127260).

SAP Alicante 614/2001, de 15 de octubre (ARP 2001/753).

SAP Toledo 30/2001, de 9 de noviembre (JUR 2002/24470).

SAP Cádiz 47/2002, de 14 de enero (JUR 2003/83290).

SAP Valencia 43/2002, de 6 de febrero (JUR 2002/11306).

SAP Jaén 50/2002, de 26 de septiembre (ARP 2002/663).

SAP Alicante 501/2002, de 11 de noviembre (ARP 2002/870).

SAP Alicante 501/2002, de 11 de noviembre (ARP 2002/187).

SAP León 34/2002, de 15 de noviembre (ARP 2003/187).

SAP Valladolid 866/2002, de 30 de noviembre (ARP 2002/849).

SAP Sevilla 57/2003, de 28 de enero (JUR 2004/65626).

SAP Madrid 422/2003, de 6 de octubre (JUR 2003/2459).

SAP Córdoba 188/2003, de 7 de octubre (ARP 2003/748).

SAP Asturias 44/2003, de 27 de febrero (JUR 2003/123016).

SAP Cádiz, 6 de febrero (JUR 2003/156930).
SAP de Cádiz, 60/2004, de 22 de marzo (ARP 2004/162).
SAP Barcelona, de 9 de enero (JUR 2004/79549).
SAP de Cádiz 201/2005, de 9 de junio (JUR 2007/190480).
SAP Granada 283/2009 de 25 de mayo (JUR 2010/14461).
SAP Sevilla 292/2008, de 28 de mayo (JUR 2006/32522).
SAP Madrid 99/2008, de 9 de julio (ARP2008/412).
SAP Álava 376/2008, de 2 de diciembre (ARP 2009/176).
SAP Barcelona 188/2009, de 16 de marzo (JUR 2009/1232).
SAP Barcelona 35/2009, de 26 de enero (JUR 2009/417).
SAP Barcelona 381/2009, de 14 de abril (ARP 2009/1080).
SAP Guipúzcoa 72/2009, de 26 de febrero (JUR 2009/285415).
SAP Girona, 422/2009, de 10 de junio (JUR 2009/391358).
SAP Zaragoza, de 17 de septiembre (JUR 2009/461816).
SAP Barcelona, 8 de enero de 2010 (ARP 2010/454).
SAP Ciudad Real 10/2010, de 25 de marzo (ARP 2010/550).
SAP Madrid 374/2010, 17 de diciembre (JUR 2011/77860).
SAP Segovia 1/2012, de 15 de marzo (JUR 2012/130948).
SAP Pontevedra 32/2013, de 12 de septiembre (JUR 2013/31085).
SAP Toledo 4/2016, de 11 de febrero (ARP 2016/210).
SAP Barcelona 837/2017, de 20 de diciembre (JUR 2018/43039).
SAP Huesca 110/2017, de 22 de septiembre (ARP 2017/1288).
SAP de Logroño, 30/2020 de 24 de febrero (RJ 68/2020).

II. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, respecto de determinadas cuestiones relacionadas con la pornografía infantil.

Circular 2/2015, de 19 de junio sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

1. De ámbito internacional.

- Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Protocolo Facultativo de la convención sobre Derechos relativo a la participación de niños en conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (Resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).
- Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo en 1996.
- Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Yokohama en 2001.
- Convención Internacional de UN sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

2. De ámbito europeo.

- Convenio de Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.
- Decisión Marco 2000/375/JAI, de 29 de mayo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.
- Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo UE, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra a explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.
- Directiva europea 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra los seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.
- Directiva europea 2011/93/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de menores y la pornografía.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 11ª ed., EDISOFER, Barcelona, 2010.
- AGUADO LÓPEZ, S., *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AGUADO LÓPEZ, S., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores” en BOIX REIG, J., (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, vol. I*, Iustel, Madrid, 2010.
- AGUADO LÓPEZ, S., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en BOIX REIG (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial, vol. I*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016.
- AGUILAR CARCELES, M.M., “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- ALFONSO DE ESCAMILLA, A.A., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011.
- ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, (<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article>) última visita 6/3/2017.
- ALONSO ÁLAMO, M., “Derecho penal y dignidad humana. De la intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 12, 2011.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., en ÁLVAREZ GARCÍA/MAJÓN-CABEZA OLMEDA/OTROS, *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., “Art. 30”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, 2002.
- BATTAGLINI, E., “Atti di libidine violenti e tentativo di violenza carnale”, *Giurisprudenza Penale*, t. II, 1932.
- BATTAGLINI, E., “Observazioni sull'error aetatis nei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”, *Giurisprudenza Penale*, t. II, 1936.

- BATTAGLINI, E., “Observazioni sul delitto di atti di libidine violenti”, *Giurisprudenza Penale*, t. II, 1954.
- BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, EDERSA, Madrid, 1992.
- BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.
- BAUER BROSTRUP, F., *Los delitos de pornografía infantil: análisis del art. 189 Cp*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.
- BEGUÉ LEZAÚN, J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- BEGUÉ LEZAÚN, “Sobre las tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 13, 2005.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “De los Hurtos. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (II)”, en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Sistemas de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., y OTROS en *Curso de Derecho penal. Parte General*, ed. 2ª, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BOIX REIG, J., “Delitos contra la seguridad colectiva (II), en VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por LO 11/1999”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., (dir.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J., (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2010.
- BOIX REIG, J., en ROIX REIG (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, Iustel, ed. 2ª, Madrid, 2015.
- BOLEA BARDÓN, C., “Delitos contra la intimidad, el Derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en CORDOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J./BOLDOVA PASAMAR, M.A./FUERTES IGLESIAS, C., *Delitos relacionados con la pornografía de menores de 18 años. Especial referencia a las tecnologías de la información y de la comunicación como medio comisivo*, Colección de

- Investigaciones, Univ. Tecnológica de El Salvador, San Salvador, 2014.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Art. 189”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., en VIVES ANTÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., (coords.), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Pornografía infantil en la Red: fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*, UBIJUS Editorial, México DF, 2008.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “El delito de facilitar pornografía a menores e incapaces (art. 186 CP)”, *Actualidad Penal*, núm. 35, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, *Revista Penal*, núm. 38, 2016.
- BORJA JIMÉNEZ “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 48, núm. 1, 1995.
- BLANCO LOZANO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales”, *Tratado de Derecho Penal Español, Tomo II, El Sistema de la Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 2005.
- BUENO ARÚS, F. “Delitos contra la libertad sexual, análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 21, Madrid, 2000.
- CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*. Dykinson, Madrid, 2019.
- CABRERA MARTÍN, M., “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal”, *Jornadas sobre Derecho de los menores, documentos de trabajo*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003.
- CABRERA MARTÍN, M., “La pornografía infantil como especie de la pornografía en general”, *Cuaderno de Política Criminal*, 2ª época, núm. 121, 2017.
- CADOPPI, A., “Commento all art.4”, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, CEDAM, 2002.

- CADOPPI, A., “Commento all art.1”, *Commentari delle norme contro la violenza ssesuale e della legge contro la pedofilia*, 2ª ed., CEDAM, 1999.
- CADOPPI, A., “Commento all art. 3 (art. 600ter, I e II comma)”, *Commentari delle norme contro la violenza ssesuale e della legge contro la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2002.
- CADOPPI, A., “Los delitos sexuales en Italia. Problemas y perspectivas”, en ROIG TORRES, M., (coord.), *El tratamiento penal de la delincuencia sexual: comparativa entre los sistemas norteamericano y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CADOPPI, A., “Commento art. 3 (art. 600-ter, I e II comma)”, *Commentari delle norme contro la violenza e della legge contro la pedofilia*, Milán, 2002.
- CALDERÓN CEREZO, A./CHOCLAN MONTALVO, J.A., “Delitos contra la libertad”, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 2ª ed., Bosch, 2001.
- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la libertad sexual”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos Sexuales”, en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre: Penal 2011*, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Revista La Ley Penal*, núm. 80, 2011.
- CARBONEL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra las relaciones familiares” en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Comentarios al Código Penal*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARBONEL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 1997.
- CARBONEL MATEU, J.C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CARBONEL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSAC, J.L., “Lesiones”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- CARBONEL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSAC, J.L., “Lesiones”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 84, 1994.
- CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona, 1981.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)” en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1995.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)” en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)” en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual (II)” en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (II)” en COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., *Derecho Penal. Parte especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CARUSO FONTAN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CARUSO FONTÁN, V., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, núm. 28, 2011.
- CARUSO FONTÁN, V., “Normalización VS perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil”, *Revista Penal*, núm. 43, 2019.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, t. I, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- CEREZO MIR, J., *Obras Completas, t. II. Otros Estudios*, Ara editores, Perú, 2006.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., “El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección”, en *Poder Judicial*, núm. 3, 1994.
- CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal. Jurisprudencia Sistematizada*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- COBO DEL ROSAL, M., “El delito de rapto”, en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, t. II. El Derecho penal del Estado democrático*, Edersa, Madrid, 1983.
- COBO DEL ROSAL, M./QUINTAMAR DÍEZ, M.F., “De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal, t. VI*, Edersa, Madrid, 2002.
- COBO DEL ROSAL, M./QUINTAMAR DÍEZ, M.F., “Artículo 189”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal. t. VI*, Dykinson, Madrid, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M./SUÁREZ LÓPEZ, J.M., *Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 1999.
- COBO DEL ROSAL, M., *Compendio de Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2000.
- COLMENERO MENÉNDEZ de LUANCA, M., “Art. 25”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, R., (dir.), *Comentarios al Código Penal, t. I*, Bosch, Barcelona, 2007.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado, t. II*, Madrid, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, *Código Penal Comentado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 145-1, 2003.
- CONTIERI, E., *La congiunzione carnale violenta*, 4ª ed., Milán, 1980.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de la Ley Orgánica por el que se modificará la Lo 10/1995, de 3 de noviembre, del Código Penal.
- CONSULTA DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, núm. 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.
- CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 2ª ed., Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

- CRESPI, A./FORTI, G./ZUCCALÁ, G., *Commentario breve al Codice Penale*, CEDAM, Milán 1999.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUERDA ARNAU, M.L., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, *Delitos contra la libertad sexual. Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, Madrid, 1997.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Los menores y redes sociales: protección penal de los menores en el entorno digital”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, Época II, 2014.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 19, 2017.
- CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., (dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, t. I*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- CUGAT MAURI, M., “La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión marco 2004/68/JAI, arts. 187 y 188 del CP”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Las corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de los organismos internacionales y europeos”, *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, nº 21/1999.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “Ilícitos vinculados al ámbito informático: respuesta penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., (dir.), *Derecho penal informático*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “Delitos de trata de seres humanos y contra la inmigración ilegal y, contra la libertad e indemnidad sexual” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *Adaptación del*

Derecho Penal Español a la Política Criminal de la UE, Aranzadi, Navarra, 2017.

- DE LA MATA BARRANCO, N., “Criminalidad organizada en la Unión europea: Criminalidad económica y criminalidad sexual”, *Eguzkilore*, núm. 15, 2001.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 21-20, 2019.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales y procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Subtipos agravados de pornografía infantil”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, (<https://www.fiscal.es/ponencia%20Jose/%20Miguel%20la%20Rosa%20Cortina.pdf>) visitado última vez 28 de abril de 2015.
- DEL-CARPIO-DELGADO, J., “La regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal”, en MUÑOZ CONDE, F., (dir.), *Análisis de las reformas penales: presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DEL-CARPIO-DELGADO, J., “Sobre la innecesaria reforma del delito de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de la reforma del CP”, *Revista Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013).
- DEMETRIO CRESPO, E./SANZ HERMIDA, A.M., “Problemática de las redes de explotación sexual de menores”, en DÍAZ SANTOS, J./SÁNCHEZ LÓPEZ, V., (coords.), *Nuevas cuestiones penales*, Colex, 1998.
- DÍAZ CORTÉS, L. M., “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 13, 2015.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., “Delitos contra las relaciones familiares”, en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., “Delitos contra la libertad sexual: Agresiones, abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación

- sexual y relativos a la prostitución”, en BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, *La Ley*, 1996.
- DÍAZ MORGADO, C., “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., (dirs.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995*, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- DÍAZ PITA, M.M., “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuesta de reforma*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El Derecho Penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1982.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, *Estudios de derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Título VIII”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASANOBA, C.M., *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, “Libertad sexual y Ley penal”, en REDONDO ILLECAS, S., *Delincuencia sexual y Sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.J., “La reforma del Derecho Penal Sexual y la propuesta de 1983”, *Documentación Jurídica*, núm. 1, 1983.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.J., “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIV, 1991.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.J., “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, año 2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.J., “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 37, Madrid, 1989.
- DOLCINI, E./MARINUCCI, G., *Codice Penale Commentato*, ed. 2ª, Multas Pauci AG, Milán, 2006.
- DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales, El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, J., *Todo Penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2016.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., “El delito de pornografía infantil”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- ESCUELA JUDICIAL DEL CONSEJO DEL PODER JUDICIAL, Delitos contra la Libertad sexual, en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2000.
- ESPIN TEMPLADO, E., “Los derechos de la esfera personal”, en LÓPEZ GUERRA, L.M./GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional*, vol. I: *Ordenamiento constitucional: Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ESQUINAS VALVERDE, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art.189.2): razones para su destipificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminológico*, 2º Época, núm. 18, 2006.
- FARALDO CABANA, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- FERGUSON, E./WILKINSON, C., “Juvenile age estimation from facial images”, *Science & Justice*, vol. 57, 2017
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a los jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal, Estudios en homenaje del Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil y su tratamiento jurisprudencial”, en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no es (aunque se califique como tal)”, en CUERDA ARNAU, M.L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., (coords.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet: cuestiones claves”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, núm. 20, segunda época, Madrid, 2002.
- GALLEGO GARCÍA, G., “Sobre el concepto y fundamento de la dignidad humana”, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal Liberal y dignidad humana, libro homenaje a Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Temis, Bogotá, 2005.
- GALLEGO SOLER, J.I./HORTAL IBARRA, J.C., en CORCOY BIDASOLO, M., (dir.) *Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, t. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de corrupción de menores (art. 189.3)”, *Revista de Derecho y Procesal Penal*, núm. 3, 2000.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La víctima en el Derecho Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del CP, en el proyecto de la LO de 20 de septiembre de 2013”, en MUÑOZ CONDE, F., (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y Futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad

sexuales y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de la LO de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, 2013.

GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA ARÁN, M., “Art. 25”, en CORDOBA RODAS, J./GARCÍA ARÁN, M., (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 201

GARCÍA NOGUERA, B., “Pornografía infantil en Internet: principales aspectos de la trasposición de la Directiva 2011/92/UE”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 19, 2014.1.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, 5ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARCÍA PÉREZ, O., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SÁNCHEZ MELGAR, J., (coord.), *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, ed. 3ª, Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2010.

GARCÍA VALDÉS, C., “Acerca del delito de pornografía infantil”, en OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000.

GIL RUBIO, M.J., “Pedofilia Virtual”, *Diario La Ley*, núm. 6961, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, E., Prólogo en la 5ª edición del Código Penal sobre la reforma de los delitos sexuales, TECNOS, 1999,

GIMBERNAT ORDEGI, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEGI, E., “Prólogo a la Quinta Edición”, *Código Penal*, ed. 5ª, TECNOS, Madrid, 2000.

GIMBERNAT ORDEGI, E., “Prólogo a la Novena Edición”, *Código Penal*, ed. 9ª, TECNOS, Madrid, 2004.

GIMBERNAT ORDEGI, E., “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Edersa, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEGI, E., “Presentación”, en HEFENDEHL, R./OTROS, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

- GÓMEZ TOMILLO, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal, t. II*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-04, 2005. (<http://criminet.ugr.es/recp/07/recpc07-04.pdf>), última visita 13 de enero de 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho Penal Sexual y Reforma Legal: Análisis desde una perspectiva criminal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de sistemas informáticos: especial referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, la publicidad engañosa y la distribución de pornografía infantil”, Eguzkilore, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 20, 2006.
- GONZÁLEZ AGUDELO, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 18-15, 2016.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., “Artículo 178”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., “Artículo 181”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., “Artículo 186”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, N., “Artículo 189”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Prólogo”, en VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “La violación en el Código Penal Español”, Colección de Estudios Penales N° 4, *Servicio de publicaciones, Universidad de Granada*, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 59, 1996.
- GONZÁLEZ RUS, J.J./SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “La violación en el Código Penal español”, *Estudios Penales*, núm. 4, vol. 4, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Los riesgos de las TIC para la libertad e indemnidad sexual de los menores y su repercusión en la legislación española”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, 2013.
- GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.
- GRACIA MARTÍN, L., “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, núm. 31, 1996.
- GUINARTE CABADA, G./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en ORTOS BERENGUER, E./OTROS (coord.), *Delitos sexuales contra menores: Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GUISADO MORENO, “El consumo de pornografía infantil en Internet. El lado oscuro de la Red”, *Revista de Contratación Electrónica*, n° 81, 2007.
- HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- HUERTA TOCILDO, S./ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “Intimidad e informática”, *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002.
- JAREÑO LEAL/DOVAL PAÍS, “Revelación de datos personales, intimidad e informática. Comentario a la STS 234/1998, de 18 de febrero”, *La Ley*, 1999.
- JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, traducción OLMEDO CARDETE, M., 5ª ed., Comares, Granada, 2003.

- JESCHECK, H./ WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, vol. I*, traducción MANZANARES SAMANIEGO, J.L., 4ª ed., Comares, Granada, 1993.
- JESCHECK, H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, vol. I*, traducción MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ SERRANO, Manual práctico del perfil criminológico: (criminal profiling), Lex Nova, 2012.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 2007.
- JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 565;
- LAMARCA PÉREZ, C., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 2001.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996.
- LATORRE LATORRE, V./RAMÓN GOMIS, L. “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en LATORRE LATORRE, V. (coord.), *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- LOZANO MIRALLES, en BAJO FERNÁNDEZ, J., (dir.) *Compendio de Derecho Penal, (Parte especial) Vol. II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- LUCAS T./HENNEBERG M., “Estimating a child’s age from an image using whole body proportions”, *Internacional Journal of Legal Medicine*, núm. 131, 2017.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1996.
- MANTOVANI, F., “I delitti contro la libertà e l’intangibilità sessuale”, en *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 1998.
- MANTOVANI, F., “I delitti di prostituzione e di pornografia minorili”, en *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 1998.
- MANTOVANI, F., “I delitti di prostituzione e di pornografia minorili” en *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, 2005.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal, Parte Especial. Tomo II*, Comares, Granada, 2010.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal, (tras las leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), Wolter Kluwer, Madrid, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M.L., “La reforma de los delitos sexuales: valoración y crítica de sus criterios rectores”, El Nuevo Código Penal y la Ley del Jurado. Actas del Congreso de Derecho Penal y Procesal, *Congreso de Derecho Penal*, Sevilla, 11 al 15 de noviembre de 1996 Sevilla, 1998.
- MARTÍN DE ESPINOSA, E.B., “La incorporación del antiguo delito de corrupción de menores (art.189.3) en el nuevo Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 68, 1999.
- MARTÍN DE ESPINOSA, E.B., “El derecho penal ante el fenómeno del turismo sexual infantil”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 96, 2008.
- MARTÍN LORENZO, M., “Libertad e indemnidad sexuales”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., (coord.) *Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Colección Memento Experto, Valencia, 2010.
- MARTÍNEZ GARAY, L., “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- MATA Y MARTÍN, R., *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V., “Art. 25”, en CORDOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MIR PUIG, S., “Sobre lo objetivo y lo subjetivo del injusto”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 41, núm. 3, 1988.
- MIR PUIG, S., “El bien jurídico y el bien jurídico-penal como límites del ius punendi”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 14, 1989-1990.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. (análisis de los arts. 183 y 183 bis, conforme a la LO 5/2010), Bosch, Barcelona, 2011.

- MORALES GARCÍA, O., “Art. 189”, en MORALES GARCÍA (dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- MORALES PRATS, F., “El Derecho Penal ante la pornografía infantil en Internet”, en MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., (coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet*, Aranzadi, 2002.
- MORALES PRATS, F./OTROS, *Código Penal con Jurisprudencia*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTEROS OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 1996.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1999.
- MORALES PRATS, F., “La intervención penal en la red. La represión penal en el tráfico de pornografía infantil, estudio particular”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L./MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C./DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R., (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal, t. I*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 178-179” en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español, t. I*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona 2004.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 180” en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español, t. I*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona 2004.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 186” en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español, t. I*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona 2004.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 186” en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español, t. I*, 9ª ed., Aranzadi, Pamplona 2011.

- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 189” en QUINTEROS OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español*, t. I, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona 2004.
- MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español*, t. I, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005.
- MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal Español*, t. I, 9ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2008.
- MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. 9ª, Aranzadi, Navarra, 2011.
- MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, ed. 10ª, Aranzadi, Navarra, 2016.
- MORALES PRATS, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, y la inviolabilidad del domicilio” en QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MORALES PRATS, F. “Los ilícitos en la red (II): pornografía y ciberterrorismo”, en ROMEO CASABONA, C.M., (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006.
- MORALES PRATS, F., “Pornografía infantil e Internet: la respuesta del Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet*, Madrid, 2000.
- MORALES PRATS, F., “Pornografía e Internet”, (<http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html>), última visita 15 de septiembre de 2014.
- MORILLAS CUEVAS, L., *Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MORILLAS CUEVAS, L., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, en COBO DEL ROSAL (dir.), Altier, Madrid, 1996.

- MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios jurídicos-penales y político-criminales sobre tráfico de droga y figuras afines*, Altelier, Madrid, 2003.
- MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios penales sobre Violencia Doméstica*, EDESA, Madrid, 2002.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con Internet*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVAS, L., *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, Dykinson, Madrid, 2002.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J., (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, 2010.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Aspectos criminológicos de los psicópatas y asesinos en serie”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 77, Madrid, 2002.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 84, Madrid, 2004.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., “Nuevas directrices político-criminales en materia de pornografía infantil: hacia una reforma del art. 189 del CP”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 108, 2012.
- MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, 1ª ed., Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1975-
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ÑÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del art. 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 65, fasc. 1, 2012.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 43, (1), 1990.
- OLMEDO CARDENETE, M.D., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad sexual”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, V., “Delitos específicamente concebidos para la tutela de menores de edad en el ámbito de la sexualidad”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Abusos sexuales en la infancia, abordaje psicológico, y jurídico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- ORTS BERENGUER, E./ALONSO RIMO, V., “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L./OTROS (coords.), *Derecho Penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.
- ORTS BERENGUER, E. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, 2004.
- ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II)”, en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, en VIVES ANTÓN, T.S., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014.
- ORTS BERENGUER, E., “Determinación a la prostitución (arts. 187,188, 189 y 192 CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S., (dir.), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales III: Exhibición y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores”, *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales III: Exhibición y provocación sexual. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores”, *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 6ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., “Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 84, Madrid, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., “Concepto de material pornográfico en el ámbito penal”, (<http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09i01pdf>), última visita 13 de enero de 2017.
- OSSANDÓN, M.M., “La técnica de las definiciones en la ley penal. Análisis de la definición de material pornográfico en cuya

- elaboración hubieren sido utilizadas menores de dieciocho años”, *Política Criminal*, vol. 9º, núm. 18, 2014.
- OXMAN, N., “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados de Norteamérica”, (http://policacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf), última visita 28 de noviembre de 2014.
- PADOVANI, T., *Codice Penale*, Guifre Editore, Milán, 2000.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en LUZÓN PEÑA, D.M., (dir.) *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- PARRA GONZÁLEZ, V., “Pornografía infantil. Contexto/Criminológico y Jurídico”, *Interacciones y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 6º, núm. 1, 2016.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Art. 186”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Dykinson, 1999.
- PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ ALONSO, “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 3ª época, núm. 2, 1999.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., “Un ejemplo más del derecho Penal simbólico: el delito de corrupción de menores”, en GÓMEZ RIVERO, C. (dir.), *Nociones Fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2015.
- PÉREZ CEPEDA, “Un ejemplo del Derecho Penal simbólico: el delito de corrupción de menores”, *Actualidad Penal*, núm.21, 2001.
- PÉREZ MACHÍO, A.I., “Reflexiones generales sobre los instrumentos de armonización penal de la UE”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., (dir.), *Adaptación del Derecho Penal a la Política Criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- PÉREZ ROYO, J./CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho Constitucional*, ed. 15ª, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PICOTTI, L., “Pornografia minorile: Evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati” en FIORAVANTI, *La tutea, personale della persona*, 2001.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Univ. Hispalense, Sevilla, 1975.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008.

- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 7ª ed., Atelier Dykinson, Barcelona, 2015.
- QUITEROS OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- ROCA DE AGAPITO, “Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantil”, *La Ley*, núm. 23, 2002.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Atelier Dykinson, Madrid, 2015.
- RAMALHO DE FABIAS, A., “La incidencia de la normativa internacional en la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011.
- RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de abusos sexuales a menores” en ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M.L., (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás S. Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RAMÓN RIBAS, E., “La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./OTROS (coords.), *Libro homenaje al Profesor Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMÓN RIBAS, E., “Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico e incidencia práctica de la elección realizada”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- RAMÓN RIBAS, “Mayoría y minoría de edad sexual en el Código Penal”, *Revista de Derecho Penal y Procesal*, núm. 28, 2012.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de responsabilidad penal por los delitos sexuales: art. 183 quater CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- RIVAS GARCÍA, N./LAMARCA PÉREZ, C., “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dirs), *Comentarios a la reforma de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROBLES PLANAS, R., “Delitos contra el patrimonio”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.
- RODRÍGUEZ CALERO, “La delimitación de los derechos en el conflicto entre derechos fundamentales por el TC español”, *Anales de la Facultad de Derecho, Univ. La Laguna*, núm. 18, 2001.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, *La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., “El Código Penal y la explotación comercial infantil”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 2012.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., “La Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Art. 15. Derecho a la vida”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las leyes políticas, t. II*, EDERSA, Madrid, 1984.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, E., “Los delitos de utilización de menores e incapaces en fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico”, en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la libertad sexual, Consejo General del Poder Judicial*, 1999.
- RODRÍGUEZ PADRÓN, E., “Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 32, 2000.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A./SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho Penal. Parte Especial I*, Univ. Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., (dir.), *Código Penal*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2011.

- ROJO GARCÍA, J.C., “La realidad de la pornografía infantil en Internet”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, segunda época, 2002.
- ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Arece, Madrid, 1994.
- ROXIN C., *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 2º ed. alemana, traducción por LUZON PEÑA, D.M., Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- RUBERTO, C., “Sub art. 663-bis, II-5”, en CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALÁ, G., *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 1999.
- RUBERTO, C., “Sub art. 663-bis, II-2” en CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALÁ, G., *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 1999.
- RUEDA MARTÍN, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de encubrimiento y de revelación de secretos de los arts. 197 y 198 CP)*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RUEDA MARTÍN, M.A., “La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2013.
- RUÍZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los delitos cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.
- RUÍZ VADILLO, E., “Art. 153”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la libertad sexual (II)”, en MORILLAS CUEVAS, L., (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Delitos contra la libertad sexual (I y II)”, en MORILLAS CUEVAS, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, ed. 2ª, Dykinson, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M., “Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en SÁNCHEZ MELGAR, J., (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 3ª ed., Sepin, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de

- trastorno mental”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 61, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., “Art. 25”, en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- SANTANA VEGA, D.M., “Protección Jurídico-Penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, en DÍAZ PALAREA, M.D./SANTANA VEGA, D.M., (coords.), *Marco Jurídico Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.
- SANZ MULAS, N., “Pornografía en Internet”, *Revista Penal*, núm. 23, 2009.
- SEGURA GARCÍA, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 14ª ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, 19ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en SERRANO GÓMEZ y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2012.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en SERRANO GÓMEZ, A., y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Dykinson, Madrid, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2011.
- SOLDINO V./GUARDIOLA GARCÍA, O., “Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-28, 2017.
- SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, *Anuario Ciencias de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, vol. 58, 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, ed. 3ª, Thomson, Navarra, 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, ed. 4ª, Thomson, Navarra, 2006.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión”, en FARALDO CABANA, P., (dir.), *Política Criminal y Reformas Penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra los menores, arts. 178, 180, 183, 183 bis”, en QUINTEROS OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Delitos relativos a la pornografía infantil y medidas relacionadas con la delincuencia sexual”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *La Reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentarios al art. 187 CP”, *Comentarios al Código Penal Español. t. I. Arts. 1 al 233*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Delitos contra la indemnidad sexual de los menores”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva Europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE, P., (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M./GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. III*, ed. 2ª, Iustel, Madrid, 2016.

- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de corrupción de menores”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 01-12, 1999.
- TORRES MARTÍNEZ, M.J., “El delito de corrupción de menores”, *Cuaderno de Política Criminal*, núm. 68, 1999.
- TRAPERO BARREALES, M.A., “El concepto de incapaz en el Código Penal”, *Sentencias del TSJ, AP, y otros Tribunales, Índice Anual* (vol. 5), 1998, Aranzadi.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La persecución de la pornografía infantil”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 37, 2007.
- URIARTE VALIENTE, L.M., “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en Internet”, *Revista electrónica Centro de Estudios Jurídicos*, núm. 6, 2012.
- URIARTE VALIENTE, L.M., “Pornografía Infantil: Regulación actual y perspectivas de futuro”, *Revista electrónica Centro de Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2013.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Intimididad y difusión de imágenes sin consentimiento”, en CARBONELL MATEU, J.C./OTROS (dirs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VALLE MUÑIZ, J.M./MORALES GARCÍA, O., “Tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Tomo I, 3º ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010.
- VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Tráfico de drogas y blanqueo de capitales: de la organización criminal a la desorganización legislativa”, en VIDALES RODRÍGUEZ, C., (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *Revista Penal*, núm. 30, 2012.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C./LARRIBA HINOJAR, B., “Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España”, *Revista Penal de México*, núm. 8, 2015.

- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.M., “¿Qué es el principio de intervención mínima?, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 23, 2009.
- VIVES ANTÓN, T.S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J., *Comentarios al Código Penal de 1995*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T.S. /ORTS BERENGUER, E./OTROS, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./OTROS, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VIVES ANTÓN, T.S./JIMÉNEZ REDONDO, M., *Fundamentos del Sistema Penal: acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ZAFFARONI, E.R., “Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal”, *Artículos de Derecho, Criminología y Ciencias Sociales*, Julio 12, 2006.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Comares, Granada, 2009.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada: entre eficacia y garantías”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.